

ÉTUDE
SUR
L'ÉTAT DES FONCTIONNAIRES

PAR
PAUL VANTROYS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

~~~~~  
THÈSE POUR LE DOCTORAT  
~~~~~

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu

Le Mardi 27 Juin 1899, à 8 h. 1/2

Président : M. BERTHÉLÉMY, professeur.

*Suffragants : { MM. ALGLAVE } professeurs.
 PILLET }*

—◆◆◆◆◆—
PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL
22, rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1899

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

IMPRIMERIE
CONTANT-LAGUERRE



BAR LE DUC

ÉTUDE
SUR
L'ÉTAT DES FONCTIONNAIRES

PAR
PAUL VANTROYS

AVOCAT A LA COUR D'APPEL

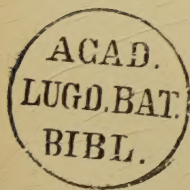
~~~~~  
THÈSE POUR LE DOCTORAT  
~~~~~

L'acte public sur les matières ci-après sera soutenu

Le Mardi 27 Juin 1899, à 8 h. 1/2

Président : M. BERTHÉLEMY, professeur.

*Suffragants : { MM. ALGLAVE } professeurs.
 { PILLET }*



~~~~~  
PARIS

LIBRAIRIE DE LA SOCIÉTÉ DU RECUEIL GÉNÉRAL DES LOIS & DES ARRÊTS  
FONDÉ PAR J.-B. SIREY, ET DU JOURNAL DU PALAIS

Ancienne Maison L. LAROSE et FORCEL  
22, Rue Soufflot, 22

L. LAROSE, Directeur de la Librairie

1899

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

## INTRODUCTION

---

La première question à se poser au début d'une étude sur les fonctionnaires est celle de savoir ce qu'on entend par cette expression : fonctionnaire.

Dans le langage usuel on emploie fréquemment le mot fonctionnaire; tout le monde se lamente sur l'accroissement continu du nombre des fonctionnaires. On veut désigner ainsi, tous les salariés de l'État, des départements et des communes, tous ceux qui émargent au budget. L'idée semble assez précise, mais la difficulté devient grande lorsqu'il s'agit de donner une définition juridique du fonctionnaire.

Où faut-il chercher la marque caractéristique du fonctionnaire? Est-ce dans l'attribution d'un traitement sur les fonds publics? Non, puisqu'il y a nombre de fonctionnaires ne recevant aucune rétribution (maires, juges consulaires, juges suppléants). Est-ce dans la nomination par

le Chef de l'État, le Préfet ou le Maire ? Pas davantage, car il existe des fonctionnaires électifs, les juges consulaires par exemple. Faut-il réserver ce nom aux personnes investies d'une portion de la puissance publique comme le font MM. Dareste <sup>(1)</sup>, et Perriquet <sup>(2)</sup> ? Faut-il, au contraire, avec M. Hauriou <sup>(3)</sup>, n'appeler fonctionnaires que les agents auxiliaires, ne possédant aucun pouvoir de décision, et les opposer aux autorités administratives qui détiennent la puissance publique ? Il est impossible de trouver le critérium. La loi elle-même n'est pas uniforme dans l'appella-

(1) Dareste, *La justice administrative en France*, 2<sup>e</sup> éd., p. 388 : « L'État ne saurait accepter de mandat, mais il ne peut se passer de mandataires. Il en emploie de plusieurs sortes, les uns sont des mandataires ordinaires, chargés d'affaires purement privées, les autres ont cela de particulier que l'État en même temps qu'il leur demande un service, leur communique une portion de son pouvoir. Ces derniers sont les fonctionnaires publics ».

(2) Perriquet, *Traité des contrats de l'État*, p. 435 : « Quand on parle de fonctionnaires, on entend laisser généralement de côté, les agents ou employés qui se bornent à préparer ou exécuter les décisions sans exercer un pouvoir propre ».

(3) Hauriou, *Précis de droit administratif*, 2<sup>e</sup> éd., p. 221, 222 et 223 : « Si l'on étudie le personnel administratif en se plaçant au point de vue du rôle qu'il joue dans l'administration, c'est-à-dire dans l'exercice des droits des personnes administratives, on s'aperçoit qu'il se divise en deux grandes catégories : les autorités administratives qui ont le droit de décision, et les simples fonctionnaires qui ne l'ont pas. — Les autorités administratives sont les représentants des personnes administratives qui ont le droit de décision dans l'exercice des droits, par conséquent le pouvoir de faire des actes d'administration. — Les fonctionnaires sont les représentants des personnes administratives qui participent à l'exercice des droits sans avoir le droit de décision et par conséquent sans faire d'actes d'administration ».

tion de fonctionnaire que tantôt elle donne, tantôt elle refuse aux mêmes agents.

Nous pensons, que pour respecter le sens usuel des mots, sans se mettre en désaccord avec les données de la science, il faut voir dans le mot fonctionnaire une expression générique désignant : tous ceux qui d'une façon permanente, participent au fonctionnement des services publics de l'État, du département ou de la commune, qu'ils aient ou non un pouvoir propre de décision, et quel que soit leur mode de nomination ou de rétribution.

Les fonctionnaires comprennent ainsi : les autorités administratives proprement dites, investies d'un pouvoir propre, se manifestant d'ordinaire par le droit de faire des règlements, les employés de tous ordres chargés de préparer les décisions, et les agents qui sont indispensables pour en assurer l'exécution. Les employés des manufactures et des chemins de fer de l'État, les simples garçons de bureau et concierges de ministères eux-mêmes rentrent dans cette définition étendue du fonctionnaire, car eux aussi, quoique dans un ordre plus humble, concourent au fonctionnement des services publics.

Notre définition exige cependant pour qu'une personne soit fonctionnaire, qu'elle participe *d'une façon permanente*, au fonctionnement d'un service public, ce qui exclut les personnes qui temporairement mettent leurs talents ou leur industrie au service de l'État, du département, ou de la commune, en se chargeant d'un travail qu'ils exécuteraient également pour des particuliers. Les entrepre-

neurs de travaux publics, les adjudicataires de marchés de fourniture, les chargés de mission ne sont pas des fonctionnaires.

Le rôle du fonctionnaire, entendu dans ce sens large, est admirablement décrit par Vivien dans ses *Études administratives* (1). « Les fonctionnaires publics, dit-il, en donnant à ce mot son acception la plus large, sont les dispensateurs ou les instruments de la force sociale. La loi trouve en eux, des intelligences qui la fécondent, l'interprètent ou l'appliquent. Par leur entremise, la justice se rend, l'instruction se propage, la police est observée, l'impôt perçu, la fortune publique administrée, la richesse nationale accrue; la sûreté, la dignité, la grandeur du pays sont maintenues et garanties. Ils occupent tous les degrés de l'échelle sociale, ils résident sur toutes les parties du territoire, et y représentent sous ses aspects multiples la puissance publique. Les plus chers intérêts du pays sont entre leurs mains, leurs fautes peuvent tarir les sources de la prospérité publique, et leurs talents les vivifier ».

L'importance de toutes les questions que soulève la situation des personnes qui exercent une telle influence sur les destinées du pays ne saurait être méconnue. Elles sont nombreuses et d'ordre divers.

Quel est le meilleur mode de recrutement à employer pour doter les services publics d'agents instruits et honnêtes? Faut-il exiger d'eux, des diplômes, des cautionne-

(1) Vivien, *Études administratives*, 2<sup>e</sup> éd., t. I, p. 169.

ments, les éprouver au moyen d'un concours ou laisser le gouvernement libre de choisir ceux qui lui paraissent les plus dévoués? Comment leur assurer une position digne, s'imposant au respect des citoyens, et une retraite honorable? Est-il bon de les placer en dehors du droit commun et de les protéger contre les poursuites des simples particuliers? Faut-il faire peser sur eux la responsabilité de tous leurs actes? Par quels tribunaux doivent-ils être jugés? N'y a-t-il pas lieu de s'alarmer du nombre toujours croissant des fonctionnaires et quel remède apporter à ce mal?

*Nous ne voulons pas examiner toutes les questions relatives aux fonctionnaires, nous en retiendrons une seule qui nous paraît particulièrement intéressante : celle de l'état des fonctionnaires, c'est-à-dire de l'ensemble des garanties dont ils peuvent jouir au point de vue de la conservation de leurs fonctions et de l'avancement. C'est la question de la stabilité des fonctions publiques.*

Cette stabilité est nécessaire pour fournir un corps de fonctionnaires expérimentés et agissant avec esprit de suite; elle seule, peut engager l'élite des citoyens à se porter vers les fonctions publiques, et à faire profiter l'administration, des lumières de leur intelligence. Elle est indispensable pour compenser la modicité de certains traitements.

Sous l'ancien régime, le droit des offices et la vénalité assuraient aux fonctionnaires, une situation des plus stables.

L'office était opposé à la simple commission.

Tandis que la fonction publique remise à titre d'office était irrévocable, la commission ne donnait qu'un titre précaire, que le roi retirait selon sa volonté. L'usage qui s'introduisit de vendre les fonctions publiques pour procurer de l'argent au Trésor amena vite le roi à conférer toutes les fonctions à titre d'office. On ne pouvait, en effet, remettre à prix d'argent quelque chose qu'il eut été loisible de reprendre ensuite. Des charges extraordinaires et constituant par leur nature de véritables commissions, furent érigées en offices irrévocables. A la veille de la Révolution, la vénalité et même l'hérédité avaient pénétré partout : fonctions de guerre, de finance, de justice presque toutes étaient devenues vénales et irrévocables. Il se produisait alors ce phénomène curieux d'un monarque absolu, impuissant à révoquer ses propres agents, sauf pour le cas « de forfaiture préalablement jugée ou déclarée judiciairement, selon les termes de la justice et par le juge compétent ». Il y avait là un réel démembrement de la puissance publique, qui n'est pas sans analogie avec la féodalité.

Si tous ces officiers irrévocables et propriétaires de leur office, avaient pu être choisis librement par le roi parmi les plus habiles et les plus instruits, ce système aurait produit une administration stable, composée d'hommes expérimentés, mais malheureusement les officiers résignaient eux-mêmes leur office en faveur du successeur de leur choix, ou le laissaient à leurs héritiers. Le roi se voyait imposer ses fonctionnaires par la force des choses.

Il y avait bien la provision de l'office qui n'était donnée qu'à la suite d'un examen, mais l'épreuve n'était pas sérieuse. Quand le roi vendait lui-même un office nouveau ou vacant par la mort du titulaire (ce qui avec l'hérédité devint de plus en plus rare) il se préoccupait de nommer le plus offrant, et non pas le plus capable.

De la sorte, l'état conféré aux fonctionnaires ne pouvait donner que de mauvais résultats, il fournissait « un lit tranquille à l'incapacité et à l'ignorance » <sup>(1)</sup> suivant l'expression imagée de M. Esmein.

Dans la nuit du 4 août, l'Assemblée constituante a fait justice de la vénalité et de l'hérédité des offices.

L'objet de notre étude ne porte pas sur l'ancien droit, mais sur la condition des fonctionnaires privilégiés, qui jouissent actuellement de garanties particulières de stabilité ; *garanties contre les révocations arbitraires ou la mise à la retraite d'office ; garanties contre les déplacements ; garanties assurant un avancement régulier*. Nous serons ainsi amenés à examiner la condition des magistrats, des professeurs, des officiers, des ingénieurs des ponts et chaussées et des mines, des officiers ministériels.

Mais d'abord, nous croyons qu'il est utile de rechercher quelle est la situation normale du fonctionnaire de l'État, du département, ou de la commune, pour faire ressortir le caractère exceptionnel des garanties de stabilité. Enfin nous terminerons, en nous demandant, s'il n'y a pas

(1) Esmein, *Histoire du droit*, 1<sup>re</sup> éd., p. 402.

encore des lacunes dans les garanties des divers fonctionnaires investis d'un état, et s'il ne serait pas avantageux d'établir la stabilité de toutes les fonctions publiques.

Notre étude comprendra ainsi cinq chapitres :

*Chapitre I.* — Situation normale du fonctionnaire, au point de vue de la stabilité de la fonction.

*Chapitre II.* — De l'inamovibilité des magistrats et des professeurs, établie pour assurer leur indépendance.

*Chapitre III.* — De l'état des officiers et des ingénieurs, établi avant tout dans leur intérêt personnel.

*Chapitre IV.* — Des officiers ministériels.

*Chapitre V.* — Des réformes utiles.



## CHAPITRE PREMIER

### SITUATION NORMALE DU FONCTIONNAIRE AU POINT DE VUE DE LA STABILITÉ DE LA FONCTION

---

Pour voir quelle est la mesure de l'arbitraire que l'autorité peut exercer sur les fonctionnaires qu'elle a nommés, il est nécessaire de bien connaître la nature juridique des rapports des fonctionnaires, et de la personne administrative dont ils gèrent les services.

Y a-t-il un contrat de mandat ou de louage de services? ou bien est-ce un contrat *sui generis*, qui n'aurait rien de commun avec les contrats ordinaires? ou bien enfin n'y aurait-il aucun lien contractuel? Toutes ces opinions ont été soutenues.

Si l'on admet qu'il y a un mandat ou un louage de services, il faudra appliquer les dispositions du Code civil qui régissent ces contrats. Le mandat est toujours révocable à la volonté du mandant (art. 2004), et le fonctionnaire assimilé à un mandataire pourra être renvoyé arbitrairement.

La résiliation du contrat de louage de services, fait sans détermination de durée, par l'une des parties, quand elle n'est pas justifiée par des motifs légitimes, peut donner ouverture à une action en dommages-intérêts, et l'adoption de cette théorie du louage de services permettra au fonctionnaire révoqué arbitrairement, de réclamer une indemnité.

Si, au contraire, on voit dans les rapports entre le fonctionnaire et l'État, le département ou la commune, un contrat spécial, il y aura lieu de poser des règles particulières à ce contrat.

Enfin, la théorie qui prétend faire résulter ce lien juridique, d'un acte unilatéral de l'autorité qui nomme, donne une grande puissance à cette même autorité pour la révocation.

La théorie du contrat de louage assimile pleinement le fonctionnaire à un serviteur. L'article 1710 du Code civil définit ainsi le contrat de louage : « Le louage d'ouvrage est un contrat par lequel l'une des parties s'engage à faire quelque chose pour l'autre, moyennant un prix convenu entre elles ».

C'est bien, dit-on, ce que fait le fonctionnaire. Il « s'engage à faire quelque chose » pour l'État, le département ou la commune, tandis qu'il doit lui être payé « le prix convenu », c'est-à-dire le traitement. Nous verrons dans quelle mesure cette opinion est vraie. Elle ne peut se soutenir à l'égard des fonctionnaires qui ont en dépôt une portion de la puissance publique; il y a là une délégation du pouvoir qui domine l'obligation de faire quelque chose, acceptée par le fonctionnaire.

Le contrat de mandat n'explique pas mieux la situation des fonctionnaires. L'idée de mandat, entraîne nécessairement avec elle l'idée de représentation juridique, le mandat donne au mandataire le pouvoir de représenter la personne du mandant. Sans doute, le ministre qui liquide une dette de l'État, le Préfet qui agit en justice au nom du département, représentent bien juridiquement la personne morale, état ou département, mais lorsqu'ils font des actes d'autorité ou de police, quand par exemple le Préfet ordonne la fermeture d'un établissement insalubre non autorisé, il n'y a pas de représentation. L'autorité est incarnée dans le Chef de l'État, le Préfet, le Maire, elle n'a pas de support juridique dans une prétendue personnalité publique de l'État.

D'ailleurs le mandat est de son essence, gratuit, et presque toutes les fonctions publiques sont rémunérées par un traitement. Il y a très peu de fonctions gratuites.

La thèse du mandat a cependant été acceptée par un certain nombre d'auteurs : Dans son traité des « Contrats de l'État » <sup>(1)</sup> M. Perriquet a réuni dans les chapitres qu'il consacre au mandat, toutes les notions relatives à l'état, au traitement et aux pensions des fonctionnaires civils et militaires. Mais il ne donne aucune raison de sa classification.

M. Dareste voit aussi un mandat dans la collation de fonctions publiques, et il se refuse à l'assimiler au mandat du Code civil. « Le contrat qui se forme entre l'État et le

(1) Perriquet, *Les contrats de l'État*, p. 435.

fonctionnaire, dit-il, est un mandat salarié, mais un mandat *sui generis*. Le caractère politique y prédomine, et c'est pourquoi presque en tous pays, les contestations auxquelles il peut donner lieu, sont réservées à la juridiction administrative » (1). C'est dénaturer complètement la notion du mandat du Code civil, pour en faire un contrat administratif spécial.

Des auteurs allemands sont allés beaucoup plus loin, et ont développé l'idée d'un contrat de droit public sans analogie aucune avec les contrats du droit privé. Suivant l'opinion de M. Laband, rapportée par M. Kammerer (2) dans sa thèse sur la fonction publique en Allemagne, « le contrat de service public créerait au profit de l'État un rapport de puissance publique pesant sur le fonctionnaire. Il assimile pleinement ce contrat au contrat de fief du moyen âge. Le fonctionnaire serait un vassal et l'État un suzerain ; le rapport d'ordre moral, serait basé sur la fidélité et l'obéissance comme celui de vassalité l'était sur la fidélité et l'hommage. Cela comprend une souveraineté et une soumission, une *potestas*. Manquer à ses devoirs, selon le droit féodal, ce n'était pas faire défaut à un contrat, mais manquer à l'honneur, c'était une félonie, une trahison. De même ici, le manquement aux devoirs serait une félonie, et, partant de ce principe, Laband est amené à consi-

(1) Dareste, *La jurisprudence administrative en France*, 2<sup>e</sup> éd., p. 388.

(2) Kammerer, *La fonction publique en Allemagne*, p. 99. — Laband, *Staatsrecht des deutschen Reiches*, t. 1, pp. 386 et 394.

dérer le droit disciplinaire de l'État comme une conséquence naturelle de son droit de puissance ».

Mandat *sui generis*, contrat de droit public pur, toutes ces théories sont un peu vagues, et n'expliquent pas bien la nature du lien que nous cherchons.

D'autres auteurs repoussent complètement la théorie contractuelle du service public. Pour eux, la collation de la fonction publique est un acte d'autorité accompli par un supérieur hiérarchique, d'après un pouvoir qu'il tient de la loi. Le Chef de l'État nomme en vertu de l'art. 3 de la loi constitutionnelle du 25 février 1875, le Préfet en vertu du décret-loi du 25 mars 1852, le Maire en vertu de la loi du 5 avril 1884. Ils ne se présentent pas comme des parties contractantes, mais comme des exécuteurs de la loi; l'acte de nomination ne ressemble en rien à un contrat, il a l'apparence d'un décret, d'un arrêté.

Dans un contrat, les conditions sont librement débattues par les parties, ici tous les droits et obligations du fonctionnaire, sont fixés d'avance, le fonctionnaire doit les accepter tels quels.

Une fois la nomination opérée, la loi peut sans cesse intervenir pour augmenter ou diminuer le traitement, changer la situation du fonctionnaire, supprimer même son emploi. Singulier contrat, celui qu'une des parties peut modifier à son gré!

Les partisans de cette théorie, reconnaissent bien qu'il faut dans la collation de fonctions la coexistence de deux volontés, l'une offrante et l'autre acceptante, mais ils ne

pensent pas que cette rencontre de volontés soit suffisante pour constituer un contrat.

M. Larnaude est un des défenseurs de cette théorie. Elle est soutenue également par M. Laferrière, dans son *Traité de la juridiction administrative*. « Il est très vrai, dit-il, que la fonction publique suppose entre l'autorité qui nomme et l'agent qui est nommé, un accord de volontés qui doit également se produire dans le cas de démission volontaire; en outre la fonction comporte des obligations réciproques du fonctionnaire et de l'État, mais ces obligations dérivent de la loi, et non des contrats. Ni l'Administration, ni le fonctionnaire ne peuvent, en général, les modifier par des conventions particulières : l'amovibilité ou la perpétuité du titre, la nature des services à rendre, le taux des traitements, les conditions du droit à pension, sont fixés par des actes législatifs ou réglementaires, auxquels il ne pourrait être suppléé ni dérogé par des contrats » (1).

C'est aussi l'opinion de M. Hauriou : « Il y a, dit-il, une erreur fort répandue qui consiste à analyser la situation du fonctionnaire en un régime contractuel, alors que c'est un régime légal et une situation d'état » (2).

Aucune de ces théories ne nous semble devoir être admise sans réserves. Leur tort est de vouloir établir un système unique, applicable à tous les fonctionnaires. La question n'est pas une question simple, qui puisse se résoudre sans

(1) Laferrière, *Juridict. adm.*, t. I, p. 619.

(2) Hauriou, *Droit administratif*, 3<sup>e</sup> éd., p. 685.

distinction ; elle s'éclaire beaucoup, et les malentendus disparaissent, si l'on reconnaît diverses catégories de fonctionnaires.

Il suffit, en effet, de réfléchir un peu, pour apercevoir qu'entre un préfet et un ingénieur, un maire et un architecte communal, un ministre et un employé des bureaux, il y a une différence profonde. L'un fait des règlements, prend des arrêtés, exerce en un mot la puissance publique, l'autre exécute un travail dans l'intérêt d'un service public, comme il le ferait pour le compte d'un particulier ; il n'est investi d'aucune autorité, ses actes sont des actes de gestion. L'ingénieur des chemins de fer de l'État joue un rôle entièrement semblable à celui de l'ingénieur d'une compagnie privée, dès lors pourquoi ne pas assimiler les relations juridiques de l'ingénieur avec l'État, et de l'ingénieur avec la compagnie privée ? Pourquoi n'y aurait-il pas dans un cas comme dans l'autre un contrat de louage d'ouvrage ?

Quoi, un ingénieur dirige le service téléphonique géré par une société anonyme avant 1889, il est lié par un contrat de louage d'ouvrage ; en 1889, l'État rachète l'exploitation et s'en charge lui-même, et la situation de l'ingénieur va changer, il sera lié à l'État en vertu de je ne sais quel contrat spécial ou même par aucun contrat ! Alors que la société anonyme ne pouvait sans indemnité le congédier que pour faute dans son service, le gouvernement va pouvoir le révoquer sans compensation, parce que ses opinions sont en contradiction avec celles d'un ministre. Il y a là quelque chose de choquant.

Il faut admettre que ces fonctionnaires de gestion sont liés par un contrat de louage d'ouvrage. Il n'existe pas ici de délégation de puissance publique qui puisse être accusée de dénaturer le caractère du contrat de louage, pas de nécessités gouvernementales à mettre en avant. La situation de ces fonctionnaires vis-à-vis de l'État, du département ou de la commune est identique à celles qu'ils auraient vis-à-vis d'un employeur ordinaire (1).

On objectera que tandis que l'individu qui loue ses services n'est obligé qu'à effectuer le travail promis, le fonctionnaire a des devoirs plus étendus, qu'il est tenu de se conduire honorablement, même en dehors du service; que l'État a ainsi un droit de surveillance sur sa vie privée, droit que ne possède jamais celui qui loue les services de quelqu'un.

Mais le patron privé se désintéresse-t-il donc de la conduite de ses ouvriers, en dehors de leur service? N'a-t-il pas le droit d'exiger d'eux une tenue décente en toutes occasions, et une vie intime irréprochable? La situation de l'ouvrier d'une société particulière nous semble à cet égard, analogue à celle du fonctionnaire public.

S'il s'agit au contraire d'un fonctionnaire qui détient

(1) Nous ne pouvons pas admettre comme M. Hauriou qu'il y ait là quand même une affaire de puissance publique. « Les simples employés, dit-il, sont investis par la puissance publique aussi bien que les fonctionnaires, parce que, quel que soit l'objet d'un service public, que le service soit du département, de la commune ou de l'État, *ce service ne fût-il qu'une gérance industrielle, son organisation est toujours affaire de puissance publique*... Ce qui fait l'acte administratif, ce n'est pas la délégation de puissance publique, c'est la délégation par la puissance publique » (Hauriou, *Dr. adm.*, 3<sup>e</sup> éd., p. 685).

une portion de la puissance, de l'autorité administrative, départementale ou communale, nous comprenons très bien que sa situation vis-à-vis de l'État, du département ou de la commune, soit réglée d'une façon spéciale. Toutes ces fonctions ne ressemblent en rien, aux fonctions que des particuliers peuvent attribuer à d'autres particuliers. La thèse du contrat de louage de services n'est pas ici admissible. Il n'y a entre ces fonctionnaires et l'État aucun lien contractuel, ils sont investis par le Chef de l'État ou par l'élection, dans les conditions fixées par la loi. La nécessité du gouvernement exige qu'ils soient sous la domination immédiate du pouvoir. Un acte de puissance publique les nomme, un acte de puissance publique peut les révoquer. C'est l'application du système que nous avons vu certains auteurs étendre à tous les fonctionnaires, limitée aux fonctionnaires d'autorité.

Il pourra peut-être s'élever quelques difficultés sur la distinction à faire entre le fonctionnaire d'autorité et le fonctionnaire de gestion. En général le fonctionnaire d'autorité est celui qui a le droit de commander, de faire des règlements. D'ailleurs, pour supprimer toute discussion, la loi pourrait dans une énumération, indiquer tous les fonctionnaires qui devront être considérés comme d'autorité.

La théorie que nous venons d'exposer ne nous est pas personnelle; nous l'avons recueillie dans l'enseignement de M. le professeur Berthélémy. Elle nous a séduit par son caractère libéral et sa précision juridique, qualité qu'il est si difficile d'apporter dans les matières toujours indé-

cises du droit public. Elle réduit l'arbitraire de l'administration et fixe d'une façon très nette la situation des fonctionnaires de gestion qui représentent la grande masse des fonctionnaires publics.

Les droits de l'administration au point de vue de la révocation des fonctionnaires apparaissent ainsi bien clairement : les fonctionnaires d'autorité sont livrés à l'arbitraire gouvernemental, qui peut les révoquer sans donner de motifs, les fonctionnaires de gestion, sont protégés par les règles du Code civil sur le contrat de louage de services et la loi du 27 décembre 1890. Les tribunaux judiciaires pourront apprécier les motifs de leur révocation, et, s'ils n'ont pour base, que le caprice d'un supérieur hiérarchique, ils alloueront une indemnité à la partie lésée.

Nous pensons même que l'État, le département et la commune doivent être responsables vis-à-vis de leurs fonctionnaires de gestion, comme un patron ordinaire. Ils seraient tenus en vertu de l'article 1384 du Code civil et aussi de la loi du 9 avril 1898 sur les accidents du travail.

La jurisprudence administrative reconnaît d'ailleurs la responsabilité de l'État, en cas d'accident survenu aux ouvriers dans ses manufactures ; elle a même devancé la règle de présomption de faute de la part du patron, introduite par la nouvelle loi <sup>(1)</sup>. Mais elle juge sans principes juridiques et d'après l'équité. Pourquoi ne pas donner à

(1) Cons. d'Ét., 21 juin 1895, Cames, *Recueil des arrêts du Cons. d'Ét.*, p. 509.

cette jurisprudence une base plus juridique en appliquant les textes du droit commun ?

On comprend qu'à raison de la multiplicité de ses services et du but d'intérêt général dans lequel il agit, l'État ne soit pas toujours déclaré responsable de la même manière qu'un simple particulier, mais dans la matière qui nous occupe, puisque nous admettons un lien juridique de droit privé, le contrat de louage d'ouvrage, nous voulons lui faire produire toutes ses conséquences.

Voilà notre opinion en ce qui concerne la situation juridique des fonctionnaires, voyons maintenant si elle se trouve confirmée par la jurisprudence.

Pour les fonctionnaires communaux non revêtus de la puissance publique, il y a plusieurs décisions, affirmant qu'ils sont liés à la commune par un contrat de louage d'ouvrage.

Un arrêt de la cour de Lyon du 3 février 1872 <sup>(1)</sup> alloue une indemnité à un secrétaire de mairie renvoyé sans avoir été prévenu à l'avance, et pour un motif autre qu'un manquement à son service, attendu qu'il n'est qu'un employé engagé d'après les règles ordinaires du contrat de louage d'ouvrage.

Le tribunal de Marseille a rendu un jugement dans le même sens, au sujet d'un directeur de la voirie révoqué. Ce jugement a été il est vrai, infirmé par un arrêt de la Cour d'Aix du 8 août 1878 <sup>(2)</sup>, mais les considérants de l'ar-

(1) Dalloz, 73. 2. 33.

(2) Dalloz, 79. 2. 161.

rêt contiennent des expressions prouvant bien qu'il est difficile d'admettre dans l'espèce une autre théorie, que celle du contrat de louage d'ouvrage « Attendu, lisons-nous, qu'il n'y a pas à distinguer entre les emplois communaux qui confèrent et ceux qui ne confèrent pas la puissance publique; qu'en acceptant sa nomination à un emploi, quel qu'il soit, celui qui promet de le remplir fait toujours plus ou moins, une sorte de louage d'œuvre, mais que ce bail de son temps et de ses services, ne résultant pas d'un contrat, mais, d'un acte libre, spontané, révocable au gré de l'administration, il demeure soumis à toutes les conséquences qui s'attachent à cette différence dans les origines ».

La Cour est bien forcée d'admettre « plus ou moins une sorte de louage d'œuvre », « un bail de services »; qu'est-ce donc qu'un bail de services qui n'est pas un contrat de louage?

Enfin un arrêt du Tribunal des conflits du 14 juin 1879, attribue à l'autorité judiciaire, le droit de statuer sur une contestation entre un maire et un secrétaire de mairie au sujet du paiement du traitement, le contrat intervenu entre le maire et le secrétaire de mairie étant « *une convention de droit commun* » (1).

A la même époque la distinction entre le fonctionnaire communal investi d'une partie de la puissance publique révocable *ad nutum*, et le simple employé assimilable aux

(1) *Revue générale d'administration*, 1879, t. II, p. 437.

employés des établissements privés, est soutenue dans une note au répertoire de Dalloz <sup>(1)</sup> et dans le journal des conseillers municipaux <sup>(2)</sup>.

Mais la majorité des arrêts, surtout depuis 1879, refuse de voir un louage de services dans les rapports entre l'employé municipal et la commune. Les arrêts du Tribunal des conflits décident que l'acte par lequel le maire nomme ou révoque un employé communal est un acte administratif, et que l'autorité judiciaire est incompétente pour l'apprécier <sup>(3)</sup>. Le Conseil d'État saisi de recours d'employés municipaux révoqués, se borne à examiner si la révocation a été faite dans les formes et par l'autorité compétente, il rejette tout examen des motifs <sup>(4)</sup>.

En ce qui concerne les fonctionnaires de l'État, la théorie que nous soutenons n'a jamais reçu d'application dans la jurisprudence. Qu'il s'agisse de fonctionnaires de gestion ou d'autorité, les arrêts sont unanimes à reconnaître que l'État possède à leur égard un pouvoir arbitraire. Toutes les révocations sont des actes du pouvoir discrétionnaire qui ne sauraient être discutés ni devant les tribunaux civils, ni devant le Conseil d'État <sup>(5)</sup>. Peu im-

(1) Dalloz, 79. 2. 161.

(2) *Journal des conseillers municipaux*, 1879, p. 159.

(3) Trib. conf. 27 déc. 1879 (D. 80. 3. 89); Trib. conf., 7 août 1880 (D. 82. 3. 27); Trib. conf. 4 juill. 1896 (D. 97. 3. 73).

(4) Cons. d'Ét., 13 déc. 1889 (D. 91. 3. 41); 11 juill. 1894 (D. 95. 3. 69).

(5) Cons. d'Ét., 16 nov. 1835, Joussetin. Cons. d'Ét., 10 juill. 1885 et trib. civ. de la Seine, 27 janv. 1888. Ces deux juridictions se

porte d'ailleurs, que cet acte ait pour résultat de faire perdre à celui qu'il frappe ses droits à la retraite <sup>(1)</sup>.

Nous ne voyons cependant pas de raison de distinguer entre les fonctionnaires des communes et ceux de l'État, pour décider que les fonctionnaires de gestion sont liés par un contrat de louage.

En dehors de l'application de notre système la situation de tous les fonctionnaires de l'État, du département ou de la commune est donc particulièrement instable. Pour tous, *révocation ad nutum*, sans qu'il soit possible d'en discuter les motifs. Le seul recours ouvert nous paraît être le droit de pétition devant les chambres et la mise en jeu de la responsabilité ministérielle par l'interpellation. C'est là une garantie bien vague, et exclusivement politique.

Si tous les fonctionnaires peuvent être révoqués *ad nutum*, la loi ou des décrets ont cependant posé certaines règles à cet égard.

D'abord pour plusieurs, l'autorité qui nomme n'a pas le droit de révoquer. Les maires élus par les conseils municipaux ne peuvent être révoqués que par un décret <sup>(2)</sup>; les

déclarent incompétentes sur les demandes portées successivement devant la juridiction administrative et devant la juridiction ordinaire par M. Chervet, ancien chef de section de la voie et des bâtiments, rayé des cadres par décision du Conseil d'administration du réseau de l'État.

De même depuis la loi du 27 déc. 1890 : Cour d'Orléans, 28 nov. 1891; Trib. civ. de Chartres, 9 mars 1893; Trib. civ. de la Seine, 15 janv. 1895.

(1) Cons. d'Ét., 30 déc. 1858, Vaissié (D. 71. 5. 92). Cons. d'Ét., 20 mars 1891 (D. 92. 3. 99).

(2) Loi du 5 avr. 1884 (art. 76 et 86).

gardes champêtres, nommés par les maires, sont révoqués par le préfet (1).

Pour beaucoup d'autres fonctionnaires, surtout des fonctionnaires de gestion, des décrets exigent avant la révocation, une enquête administrative et l'avis de comités spéciaux.

Ainsi les dispositions combinées des articles 7 du décret du 24 avril 1880, et 1<sup>er</sup> du décret du 8 février 1882, décident que la révocation des agents du ministère des affaires étrangères, ne peut être prononcée qu'après avis du comité des services extérieurs et administratifs, qui entendra les intéressés s'ils en font la demande. Les employés coloniaux ne peuvent être révoqués sans la consultation d'une commission d'enquête (2). Il y a des dispositions analogues pour certains agents de l'administration des postes et du ministère des finances, etc.

L'omission de ces enquêtes ou de ces formalités ouvrirait au fonctionnaire lésé un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État (3). La jurisprudence est même très large à cet égard. « La règle d'après laquelle l'irrégularité d'une formalité, aussi bien que son omission, entraîne l'annulation de l'acte, ne comporte-t-elle pas une exception? dit M. Laferrière. La jurisprudence ne semble pas en admettre en matière de procédure disciplinaire,

(1) Loi du 5 avr. 1884 (art. 102).

(2) Décret du 26 oct. 1882.

(3) Cons. d'Ét., 19 févr. 1886, Dussert, *Recueil des arrêts du Conseil d'État*, p. 150. Cons. d'Ét., 21 avr. 1893, Zickel, p. 324.

et avec raison selon nous, car tout doit être strict lorsqu'il s'agit de décisions intéressant la situation et même l'honneur d'officiers ou de fonctionnaires : aucune des garanties que les lois et les règlements leur assurent ne doit être omise, altérée, ni suppléée au moyen d'équivalents arbitraires ».

Une application toute récente de cette jurisprudence a été faite par le Conseil d'État à M. Fontin, bibliothécaire du ministère de la marine, qui avait été purement et simplement révoqué par le ministre, sans être traduit devant le conseil des directeurs de l'administration centrale ; de même à M. Toutain <sup>(1)</sup>, sous-directeur de l'administration centrale, dont l'emploi avait été supprimé puis rétabli. Cette suppression d'emploi et l'appel du sous-directeur à d'autres fonctions, n'étaient qu'une révocation déguisée.

Toutes ces enquêtes et tous ces avis constituent certainement une garantie pour les fonctionnaires, mais il ne faudrait pas se faire illusion sur leur portée, ce sont de simples formalités destinées à éclairer le ministre. Celui-ci est obligé de prendre les avis des comités spéciaux, mais *il n'est pas tenu de les suivre*. Si le comité se prononce pour le maintien de l'agent en fonctions, le ministre pourra néanmoins procéder à la révocation. Du moment que les formalités auront été observées, le Conseil d'État ne fera rien, il se refuse à entrer dans l'examen des motifs de la

(1) Cons. d'Ét., 2 déc. 1898 (*Journal de droit administratif*, janvier 1899, p. 9).

destitution. C'est donc toujours l'arbitraire gouvernemental qui domine, et auquel appartient le dernier mot pour ces fonctionnaires garantis en apparence.

En fait, nous pensons cependant, que l'avis des comités spéciaux doit exercer un certain poids sur la décision du ministre.

Les fonctionnaires qui possèdent des garanties réelles pour la conservation de leurs fonctions, c'est-à-dire *ceux qui ont un état*, sont une exception dans notre droit public. L'avis d'un conseil spécial nécessaire pour leur révocation n'est pas une simple formalité, mais un véritable jugement; le décret de révocation ne peut intervenir sans que ces conseils y aient consenti. Cette garantie se combine avec d'autres, contre les déplacements ou pour l'avancement.

La situation normale des fonctionnaires étant indiquée, examinons la condition de ceux qui ont un état.

---



## CHAPITRE II

### DE L'INAMOVIBILITÉ DES MAGISTRATS ET DES PROFESSEURS ÉTABLIE POUR ASSURER LEUR INDÉPENDANCE

---

Les analogies qui existent entre la situation des magistrats et celle des professeurs nous permettent de les rapprocher dans notre étude.

Les uns et les autres, dans une mesure plus ou moins grande, jouissent du même ensemble de garanties qui constitue l'inamovibilité : garanties contre les révocations et contre les déplacements arbitraires.

Le législateur a poursuivi le même but en donnant à ces deux classes de fonctionnaires des gages sérieux de stabilité. Il a voulu les soustraire à la dépendance absolue du gouvernement, et assurer ainsi la liberté de la doctrine, et l'impartialité de la justice. C'est dans l'intérêt de la bonne gestion des services de l'instruction publique et de la justice, que la loi a conféré aux professeurs et aux magistrats la situation privilégiée que nous allons examiner.

## SECTION I

### MAGISTRATS.

#### § 1. — Raison d'être de l'inaltérabilité.

L'inaltérabilité des magistrats s'impose comme conséquence des principes du droit public sur la séparation des pouvoirs, ou tout au moins par des raisons d'ordre supérieur dans l'intérêt des justiciables.

C'est un principe admirablement exposé par Montesquieu que l'exercice de la justice constitue une manifestation indépendante de la souveraineté, un troisième pouvoir à côté du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif. Sous un régime de gouvernement personnel ces trois attributs de la souveraineté sont réunis dans les mêmes mains, et leur séparation est la condition essentielle de tout gouvernement libre. « Il n'y a pas de liberté, dit Montesquieu, si la puissance de juger n'est pas séparée de la puissance législative et de l'exécutive. Si elle était jointe à la puissance législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des citoyens serait arbitraire, car le juge serait législateur. Si elle était jointe à la puissance exécutive le juge aurait la force d'un oppresseur » (1).

La réunion du pouvoir législatif et du pouvoir judiciaire

(1) Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XI, ch. VI.

dans les mêmes mains amènerait en effet, celui qui en est investi, à modifier la loi dans certaines hypothèses suivant son bon plaisir. D'autre part, la confusion du pouvoir judiciaire et du pouvoir exécutif n'est pas moins dangereuse, car, lorsque le pouvoir exécutif sera en cause, s'il possède en même temps le pouvoir de juger, son intérêt inspirera sa décision.

Cette célèbre théorie des trois pouvoirs a été admise formellement par plusieurs de nos constitutions. Celles de 1791, de l'an III, et de 1848 consacrent un chapitre distinct au « pouvoir judiciaire ». Actuellement nos lois constitutionnelles et particulièrement celle du 25 février 1875 relative à l'organisation des pouvoirs publics sont muettes sur l'organisation de la justice, et il paraît difficile de donner à la théorie des trois pouvoirs une valeur constitutionnelle. Cependant l'idée d'un pouvoir judiciaire distinct est fortement entrée dans les esprits. De savants jurisconsultes la défendent, entre autres notre éminent maître M. Esmein (1). Dans ses éléments de droit constitutionnel il démontre qu'historiquement le pouvoir judiciaire est le plus ancien de tous. On le voit apparaître sous une forme arbitrale « alors que la loi est encore inconnue et que les chefs de tribu, n'ont, en temps de paix aucun pouvoir de commandement ».

En droit, les décisions de l'autorité judiciaire s'imposent au pouvoir exécutif, qui doit les accepter sans pouvoir lé-

(1) Esmein, *Éléments de droit constitutionnel*, pp. 320 et suiv.

gitiment les réformer. Les cas où le gouvernement peut arrêter l'œuvre de la justice comme lorsqu'il fait grâce sont très rares, et il ne faut y voir qu'une survivance de l'ancienne idée de justice retenue.

Si l'on se range à cette opinion, le principe de la séparation du pouvoir judiciaire des deux autres, doit dominer notre droit public. Principe non écrit, mais très vivant malgré tout. Il doit inspirer le législateur dans l'organisation de la justice et la conséquence forcée sera l'emploi d'un système rendant le juge aussi indépendant que possible des pouvoirs exécutifs et législatifs.

L'Assemblée constituante avait certainement en vue l'application de la théorie de Montesquieu, lorsqu'elle se prononça pour l'élection des juges. Elle pensait que le pouvoir judiciaire devait être comme les autres une émanation directe de la souveraineté populaire.

Mais l'élection des juges ne peut donner que de mauvais résultats. Ou ils seront élus à vie, et cette permanence leur conférera une puissance supérieure à celle des autres pouvoirs, qui constituera un danger perpétuel ; ou ils seront élus à temps et rééligibles, ce qui les placera dans une dépendance fâcheuse vis-à-vis du corps électoral. Les faire élire à temps sans leur permettre de se représenter, serait obliger le pays à se priver au bout d'un certain nombre d'années, des meilleurs magistrats qu'il aurait d'abord choisis.

Le système qui remet aux magistrats eux-mêmes, le soin de pourvoir à leur remplacement au fur et à mesure de la

vacance des sièges n'est guère plus applicable. Il tend à constituer un corps fermé peu en harmonie avec nos institutions démocratiques.

Il faut donc se résoudre à faire nommer les juges par le pouvoir législatif ou le pouvoir exécutif. Le premier représenté par un trop grand nombre de personnes n'est guère apte à cet effet. Reste le pouvoir exécutif. Il nommera les magistrats comme les autres fonctionnaires, mais pour appliquer le principe de la séparation des pouvoirs, il abdiquera son droit de direction et de révocation à leur égard. Le magistrat sera bien nommé par le pouvoir exécutif, mais dès sa nomination, il lui échappera complètement, et ses décisions pourront tenir en échec la puissance même qui l'aura investi.

L'immovibilité s'explique ainsi comme un moyen de réaliser la fameuse séparation des pouvoirs.

Mais la théorie des trois pouvoirs n'est pas universellement acceptée. Elle a même des adversaires très redoutables, M. Ducrocq ne l'a jamais admise, et la repousse encore énergiquement, dans la dernière édition de son traité de droit administratif. Pour lui il n'y a pas de pouvoir judiciaire distinct. L'administration de la justice rentre dans les attributions du pouvoir exécutif, elle est une des branches de ce pouvoir. Les litiges judiciaires ne sont que des incidents de l'exécution, et sont du domaine du pouvoir exécutif. Il suffit d'admettre deux pouvoirs; le pouvoir législatif, et le pouvoir exécutif, qui comprend l'autorité administrative et l'autorité judiciaire.

Il ne nous appartient pas de vouloir trancher une question sur laquelle nos maîtres ont tant de peine à s'entendre. D'ailleurs même pour ceux qui n'admettent pas l'existence d'un pouvoir judiciaire distinct et séparé de l'exécutif et du législatif, l'inaltérabilité du magistrat s'impose pour lui garantir l'indépendance nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Il faut que le magistrat appelé à sauvegarder la vie, l'honneur, et la fortune des citoyens, soit à l'abri de tout arbitraire gouvernemental. Ministre impassible de la loi, il ne doit être l'agent de personne, il n'a pas d'ordre à recevoir de ses supérieurs quand il prononce une sentence.

Par quel moyen lui procurer cette indépendance, cette impartialité? Sans doute il ne manque pas d'hommes intègres, inaccessibles aux menaces et à la crainte d'une révocation; mais il faut tenir compte de la faiblesse de la nature humaine, et maintenir autant que possible le magistrat en dehors de toute tentation. Le moyen idéal de procurer au juge toute l'indépendance désirable consisterait à le placer dans une situation telle qu'il n'aurait rien à craindre ni à désirer de personne. L'inaltérabilité est ce qu'on a trouvé de mieux; c'est dans l'inaltérabilité, que le juge puisera la force de résister aux sollicitations, d'où qu'elles puissent venir, de frapper tous les coupables si haut qu'ils soient placés. C'en serait fait de la justice, du jour où les magistrats pourraient être suspectés d'exécuter le mot d'ordre d'un gouvernement, en se faisant les instruments dociles du pouvoir. Les arrêts

de la justice doivent s'imposer, et se faire respecter par la seule force morale qu'ont les décisions d'hommes ne suivant d'autres guides, que leur conscience et la loi.

Royer-Collard décrit très bien sous la forme pittoresque du dialogue les raisons qui ont fait donner l'inamovibilité au magistrat. Il s'exprime ainsi : « Lorsque le pouvoir chargé d'instituer le juge, au nom de la société appelle un citoyen à cette fonction éminente, il lui dit : « Organe de la loi, soyez impassible comme elle ! Si mes erreurs ; si les influences qui m'assiègent et dont il est si malaisé de se garantir entièrement, m'arrachent des commandements injustes, désobéissez à ces commandements, résistez à mes séductions. Quand vous monterez au tribunal, qu'au fond de votre cœur, il ne vous reste ni une crainte ni une espérance ; soyez impassible comme la loi ».

Le citoyen répond : « Je ne suis qu'un homme ; et ce que vous me demandez est au-dessus de l'humanité. Vous êtes trop fort et je suis trop faible, et je succomberai dans cette lutte inégale. Secourez ma faiblesse, affranchissez-moi de la crainte et de l'espérance. Promettez-moi que je ne descendrai pas du tribunal, à moins que je ne sois convaincu d'avoir trahi les devoirs que vous m'imposerez ». Le pouvoir hésite... éclairé enfin sur ses véritables intérêts, il dit au juge « *Vous serez inamovible* ».

Telles sont les raisons supérieures qui ont fait donner aux magistrats les garanties de l'inamovibilité. En un mot c'est le désir de les rendre indépendants du pouvoir.

## § 2. — Historique de l'inaMOVibilité.

On fait remonter à Louis XI l'introduction du principe salubre de l'inaMOVibilité des magistrats. Par une ordonnance célèbre du 21 octobre 1467, il déclara qu'il ne serait donné aucun office « s'il n'était vacant par mort ou par résignation volontaire ou par forfaiture préalablement jugée ou déclarée judiciairement, selon les termes de la justice et par le juge compétent ». Sous le règne de Louis XIV le même principe est confirmé par une ordonnance du 22 octobre 1648. Enfin le 8 février 1759 Louis XV disait au Parlement : « Sa Majesté, bien instruite de la célèbre ordonnance de Louis XI entend que les titulaires d'offices, tant que ces offices subsistent, ne puissent en être privés autrement que par mort, résignation volontaire ou forfaiture bien et dûment jugée ».

Mais à notre avis, ces ordonnances firent moins pour établir l'inaMOVibilité que l'introduction de la vénalité des offices. C'est d'ailleurs aussi l'opinion de M. Esmein : « Le roi, dit-il, lorsqu'il avait pris finances aux parties casuelles de celui auquel il conférait un office, ne pouvait équitablement révoquer à volonté cet officier sans lui rendre son argent; et l'équité commandait la même solution lorsque le pouvoir royal avait investi un officier en vertu d'une résignation que celui-ci avait obtenue à prix d'argent. L'inaMOVibilité s'introduisit comme conséquence juridique de la vénalité, elle résulta de l'idée de garantie que la vente entraîne avec elle. Ce qui le montre bien, c'est qu'elle ne

fut pas édictée seulement au profit des juges, pour lesquels elle se justifie rationnellement » (1).

Ainsi la coutume monstrueuse de la vénalité des offices uniquement organisée dans un but fiscal, est devenue bien par hasard, la source d'une garantie précieuse pour les justiciables.

La Révolution de 1789 fit disparaître la vénalité. Les juges devinrent électifs. Dès lors l'inamovibilité, telle que nous l'étudions, comme préservatif à l'influence abusive de l'exécutif, ne se posait pas. Elle devait servir à garantir les juges contre leurs électeurs, l'élection à vie l'aurait réalisée, l'Assemblée constituante ne l'accepta pas. Les juges furent élus pour 6 années, sauf le droit de réélection qui était expressément réservé (L. 16-24 août 1790, t. II, art. 3). Pendant ces 6 années les juges étaient inamovibles.

Chose bizarre, cette même loi de 1790 investit de l'inamovibilité les fonctionnaires du ministère public pour lesquels elle ne se justifie pas du tout. Ils représentent la société et doivent rester sous la direction du pouvoir souverain.

Une telle organisation judiciaire ne pouvait être conservée dans le nouvel état de choses créé par le Consulat. Le système électif fut naturellement abandonné et la nomination des magistrats remise entre les mains du premier Consul. Pour donner à la justice, toute sa force morale en assurant son indépendance, il fallait alors lui rendre

(1) Esmein, *Histoire du droit*, 1<sup>re</sup> édit., p. 400.

l'inamovibilité. C'est ce que fit l'article 68 de la constitution du 22 frimaire an VIII en disposant que les juges conserveraient leurs fonctions pendant toute leur vie, à moins qu'ils ne soient condamnés pour forfaiture. Mais cette garantie leur était donnée à contre-cœur, et le même article en diminuait beaucoup la portée en faisant du maintien sur les listes d'éligibilité une condition de l'exercice de la fonction de magistrat. C'est à l'aide de cette dernière réserve, et par son ingérence dans la formation des listes d'éligibilité, que le gouvernement se proposait d'éliminer, malgré leur prétendue inamovibilité, les magistrats qui auraient le tort de déplaire par une indépendance de caractère qui n'était pas de saison.

Cependant, on ne tarda pas à s'affranchir des listes d'éligibilité, qui tombèrent en désuétude, et les nominations se faisant en dehors d'elles, il ne fut plus possible de s'en servir pour révoquer les magistrats dont on voulait se débarrasser. Les juges furent donc à ce moment complètement inamovibles. Mais un sénatus-consulte du 12 octobre 1807 vint décider : « qu'à l'avenir, les provisions qui instituent les juges à vie, ne leur seraient plus délivrées qu'après cinq ans d'exercice de leurs fonctions, si à l'expiration de ce délai, l'empereur et roi reconnaissait qu'ils méritaient d'être maintenus dans leurs places ». Pour les magistrats en fonction, il devait être procédé à l'examen de ceux qui seraient signalés par leur incapacité, leur inconduite et des déportements, dérogeant à la dignité de leurs fonctions. En fait, la provision ne fut jamais donnée

aux magistrats nommés postérieurement à ce sénatus-consulte, et ils se trouvèrent ainsi en dehors de l'inamovibilité, révocables à la volonté de l'Empereur. Quant aux anciens magistrats, il fallait pour les révoquer l'avis d'une commission sénatoriale.

Le gouvernement de la Restauration comprit la nécessité d'une magistrature inamovible, mais il voulait en même temps pouvoir se réserver le droit de révoquer certains magistrats suspects que lui avaient légués la République et l'Empire. L'art. 58 de la Charte de 1814 apporta la solution du problème. Il est ainsi conçu : « *Les magistrats nommés par le roi, sont inamovibles* ». Nommés par le roi, ces quelques mots excluaient de l'inamovibilité, les magistrats nommés par le Consul et l'Empereur ; ceux-là, le gouvernement restait libre de les frapper. Il ne le fit cependant qu'avec une grande mesure, et les cours et tribunaux reçurent successivement une nouvelle investiture qui eut pour effet de rendre tous les magistrats indistinctement inamovibles.

L'acte additionnel aux constitutions de l'Empire se montra beaucoup plus libéral que les anciennes lois impériales. Il promettait l'inamovibilité aux juges dès l'instant de leur nomination. C'était le désaveu du sénatus-consulte de 1807, et l'Empire renaissant, fit ce qu'avait fait la Restauration en révoquant des magistrats qu'elle avait nommés et en réintégrant ceux qu'elle avait révoqués (Décret du 13 mars 1815). Puis la seconde Restauration se livra au même chassé-croisé dans une ordonnance du 12 juillet 1815.

La charte de 1830 reproduisit textuellement l'art. 58 de celle de 1814, et l'inamovibilité traversa sans accroc toute la monarchie de juillet. Les magistrats furent tous indistinctement respectés à la seule condition de prêter serment au nouveau gouvernement.

En 1848, nous rencontrons une courte éclipse de l'inamovibilité. Le gouvernement provisoire par le décret du 17 avril 1848 s'arrogea purement et simplement le droit de révoquer suivant son bon plaisir, les magistrats que, depuis la Restauration, on s'était habitué à considérer comme au-dessus de semblables atteintes, c'était là une mesure révolutionnaire. Les constituants de 1848 voulurent donner à la République des institutions sérieuses, et l'art. 87 de la nouvelle constitution consacra le principe de l'inamovibilité.

Au 2 décembre, quelques magistrats inamovibles furent révoqués, mais la constitution de 1852 s'empressa de mettre l'inamovibilité sous la garde du Sénat, le dépositaire et le conservateur de la constitution et des grands principes sociaux. Le principe de l'inamovibilité est mis sur le même pied que la religion, la liberté individuelle et l'inviolabilité de la propriété.

La constitution révisée de 1870 affirme une fois encore que « l'inamovibilité de la magistrature est maintenue ».

Après la chute de l'Empire, deux décrets des 21 et 22 février 1871 proclament la déchéance de magistrats qui ont fait partie des commissions mixtes. L'Assemblée nationale a mis à néant ces décrets, et réintégré dans leurs

fonctions les magistrats révoqués au mépris de leur inamovibilité.

Nos lois constitutionnelles de 1875 ne parlent pas de l'inamovibilité, et elle ne doit pas être considérée actuellement comme un principe constitutionnel.

Depuis elle a été l'objet de vives attaques, mais après de longs débats, la loi du 30 août 1883 l'a reconnue comme principe. Néanmoins, l'art. 44 de cette loi y porta une grave atteinte; pendant trois mois l'inamovibilité fut suspendue, pour permettre d'opérer la réduction du personnel des cours et tribunaux. Et le gouvernement ne se contenta pas de mettre à la retraite les titulaires des sièges supprimés, il soumit beaucoup de magistrats à des déplacements équivalents à de véritables révocations. L'art. 44 dit, en effet, que les éliminations devaient porter *sur l'ensemble du personnel indistinctement*. Un paragraphe spécial décide que les magistrats ayant fait partie des commissions mixtes après le 2 décembre 1851, ne pourront être maintenus à quelque juridiction qu'ils appartiennent.

### § 3. — Magistrats auxquels l'inamovibilité s'applique.

L'indépendance du juge est la condition primordiale de toute justice, cependant l'inamovibilité ne s'applique pas aux membres de toutes les juridictions et les magistrats des tribunaux où elle est en vigueur n'en profitent pas tous.

Les membres des tribunaux administratifs : Conseil d'É-

tat, Conseils de Préfecture, Conseil supérieur de l'Instruction publique, Conseils académiques, Conseils de l'Université, Conseil départemental de l'Instruction primaire, Conseils contentieux des colonies etc., ne jouissent pas de ce privilège. Il semble pourtant qu'ils en auraient particulièrement besoin, étant surtout appelés à trancher des litiges entre l'administration et les particuliers. On a craint de compromettre la liberté de l'administration active et de gêner son action en rendant les tribunaux administratifs trop indépendants.

Il y a cependant une exception pour la Cour des comptes, tribunal administratif, institué pour juger les comptables de deniers publics. En créant cette Cour par la loi du 16 septembre 1807, Napoléon s'est inspiré de l'institution des anciennes Chambres des comptes, qui à l'origine relevèrent du Parlement et finirent par former un corps de magistrature distinct. Il voulut lui donner un très grand prestige, et la faire marcher de pair avec la Cour de cassation. Dans ce but il accorda à ses membres (Présidents, Conseillers-maîtres et référendaires) le bénéfice de l'immovibilité <sup>(1)</sup>.

Les membres du Conseil d'État ont, il est vrai, aussi certaines garanties qui se rapprochent de l'immovibilité. D'après la loi constitutionnelle du 25 février 1875 (art. 4) : « Le

(1) Il y a aussi à la Cour des comptes un droit à l'avancement au profit des auditeurs de première classe. Ils ont droit à la moitié des places vacantes dans l'ordre des conseillers référendaires de deuxième classe (Décret du 25 déc. 1869).

Président de la République nomme en conseil des ministres les conseillers d'État en service ordinaire ; les conseillers d'État ainsi nommés ne peuvent être révoqués que par décret rendu en conseil des ministres ». Cette règle s'applique au vice-président et aux Présidents de section. — Les Maîtres des requêtes sont nommés par décret du Président de la République sur présentation du vice-président et des présidents de section, ils ne peuvent être révoqués que par un décret individuel après avis des présidents. — Les auditeurs de 1<sup>re</sup> et de 2<sup>e</sup> classe ne peuvent aussi « être révoqués que par des décrets individuels, et après avoir pris l'avis du vice-président du Conseil d'État délibérant avec les présidents de section » (1).

Il y a même au Conseil d'État, des garanties pour l'avancement, qui n'existent pas au profit des magistrats inamovibles : un tiers au moins des places de maître des requêtes est réservé aux auditeurs de première classe.

Le véritable domaine de l'inamovibilité est dans les tribunaux judiciaires. Elle s'étend à la Cour de cassation, aux cours d'appel et aux tribunaux de première instance.

Il convient pourtant d'excepter les juges de paix. On a pensé qu'en présence de la multiplicité de leurs fonctions, de leur rôle d'officiers de police judiciaire, et de l'absence de conditions légales de capacité exigées pour leur nomination, il fallait ménager à l'administration supérieure la

(1) Loi du 24 mai 1872.

possibilité de réparer les erreurs qu'elle pourrait commettre dans leur choix.

Les cours d'appel et les tribunaux coloniaux sont également tenus en dehors de la règle tutélaire de l'inamovibilité. On explique cette situation spéciale aux colonies, par la nécessité d'armer l'autorité centrale d'un pouvoir presque absolu dans l'intérêt supérieur de la sûreté publique, et par les difficultés de recrutement de ces corps judiciaires.

Il n'y a pas de distinction à faire pour la magistrature algérienne, bien que la question ait fait quelques difficultés à la suite de la loi du 30 août 1883. Cette loi vise dans l'article 8 la magistrature algérienne, et on a prétendu que tout le système de cette loi avec l'inamovibilité lui était applicable. Le Conseil d'État dans l'arrêt Lebon du 23 juin 1893, et la Cour de cassation, toutes chambres réunies, par un avis du 30 avril 1885, ont fait justice de ces prétentions. Ils décident que la magistrature algérienne a son organisation propre réglée par l'ordonnance du 26 septembre 1842, accompagnée de l'arrêté ministériel du 22 novembre 1842 et d'un arrêté du pouvoir exécutif du 20 août 1848, en vertu desquels les juges sont nommés et révoqués sur rapport du ministre de la justice. La loi de 1883 n'ayant pas visé la magistrature algérienne en ce qui concerne l'inamovibilité, mais seulement au point de vue des traitements, le droit de révocation et de déplacements reste régi par la législation antérieure.

Même dans les cours et tribunaux, auxquels s'applique la règle de l'inamovibilité, il ne faudrait pas croire qu'elle

couvre tous les membres de ces juridictions. Les magistrats du parquet, chargés de se faire les avocats de la loi et les accusateurs au nom de la société, sont sous la direction du gouvernement, et peuvent être révoqués par lui. La magistrature assise dont la mission est de délibérer et de rendre des jugements est seule inamovible. Elle comprend : les présidents et conseillers de la Cour de cassation, les présidents et conseillers des Cours d'appel, les présidents, vice-présidents et juges titulaires ou suppléants des tribunaux de première instance.

#### § 4. — Éléments de l'inamovibilité.

Maintenant que nous avons déterminé les magistrats auxquels s'applique l'inamovibilité, analysons les avantages qu'elle procure à ceux qui en jouissent.

Parmi les éléments devant assurer la stabilité des fonctionnaires et que nous avons signalés en débutant (1° droit de n'être révoqué ou mis à la retraite d'office que suivant une procédure déterminée, et par le jugement de conseils spéciaux; 2° droit à une résidence fixe; 3° droit à l'avancement dans des conditions spécifiées par la loi), les magistrats inamovibles ne possèdent que les deux premiers, ils n'ont aucune garantie pour l'avancement.

La base de l'inamovibilité consiste en ce que les magistrats ne peuvent être révoqués, ni déplacés par le gouvernement. Un déplacement même pour un poste supérieur pourrait n'être en effet qu'une révocation déguisée; l'avan-

cement d'ailleurs qui peut exister en théorie, n'existe pas toujours en fait. Ainsi la situation de conseiller d'une cour d'appel est inférieure en fait, sinon en droit, à celle de président du tribunal de la Seine. Le magistrat nommé à un siège, n'en peut plus être dépouillé par le gouvernement, il en a en quelque sorte la propriété.

Cependant, pour concilier la discipline avec ces garanties très fortes, il a fallu donner à un comité spécial, le pouvoir disciplinaire que le gouvernement ne peut exercer. L'immovibilité est accordée au juge contre sa faiblesse, contre la crainte que peut lui inspirer l'action du pouvoir gouvernemental, il ne faut pas qu'à la faveur de cette protection il puisse commettre des fautes, compromettre impunément sa dignité. Le Comité spécial de discipline doit offrir au magistrat toutes les garanties nécessaires d'impartialité, on ne pouvait faire mieux que de le composer de magistrats.

Avant la loi de 1883, le sénatus-consulte du 16 thermidor an X (art. 82) avait attribué à la Cour de cassation un droit de censure et de discipline sur les membres des cours d'appel et des cours d'assises, droit étendu par la jurisprudence sur les membres des tribunaux inférieurs et même sur les juges de paix. Ce rôle, précisé et élargi par l'article 59 de la loi du 20 avril 1810 et surtout par les articles 4 et 5 du décret du 1<sup>er</sup> mars 1852, a été complètement modifié par la loi du 30 août 1883. Autrefois, les membres des tribunaux inférieurs pouvaient être traduits successivement devant tous les degrés de juridiction, aujourd'hui ils le sont d'emblée comme tous les magistrats

inamovibles devant la Cour de cassation. L'article 43 de la loi du 30 août 1883 porte en effet : « La Cour de cassation constitue le Conseil supérieur de la magistrature. Elle ne peut statuer en cette qualité que toutes chambres réunies ». Ce pouvoir disciplinaire s'étend donc sur les propres membres de la Cour de cassation, et sur les magistrats faisant partie des cours d'appel et des tribunaux inférieurs.

Dans le projet du gouvernement, le Conseil supérieur de la magistrature se composait de cinq membres de la Cour de cassation, de cinq conseillers d'État et de cinq premiers présidents élus par leurs collègues. La commission de la Chambre des députés proposait de recruter le Conseil supérieur parmi les membres de la Cour de cassation, dont quelques-uns auraient été choisis pour le composer tant par leurs collègues que par la Chambre et le Sénat. Ces deux modes de composition avaient l'inconvénient d'introduire dans le conseil de la magistrature, des membres étrangers aux traditions des tribunaux judiciaires, et aussi d'introduire la politique dans une assemblée d'où elle doit être bannie, ils ont été heureusement repoussés. Remettre la garde de l'inamovibilité de la magistrature entre les mains des magistrats de la Cour suprême statuant toutes chambres réunies était la meilleure solution.

Pour les magistrats de la Cour des comptes, la Cour elle-même exerce sur ses membres le pouvoir de discipline. Ses délibérations portant déchéance ne sont exécutoires qu'en vertu d'un décret du chef de l'État, rendu sur le

rapport du ministre des finances (Décret du 19 mars 1852, art. 1-4).

Aucune suspension, aucune déchéance, aucun déplacement de magistrat (art. 15) ne peut être prononcé sans l'avis conforme, c'est-à-dire sans le jugement y autorisant de ce conseil supérieur de la magistrature. Là réside la véritable garantie contre le caprice gouvernemental; il faut un jugement de leurs pairs, pour porter atteinte à la situation des magistrats.

Il n'y a pas cependant une énumération précise des faits pouvant permettre d'intenter l'action disciplinaire. La loi de 1883 (art. 13) renvoie aux lois antérieures. Or, la loi du 20 avril 1810 (art. 47, 50, 56) parle du magistrat qui « compromet la dignité de son caractère », le sénatus-consulte du 16 thermidor an X de « causes graves ». Ce sont là des expressions bien vagues et le pouvoir le plus étendu d'appréciation appartient au Conseil supérieur. Il y aurait là une lacune dans les garanties de l'inamovibilité si la Cour de cassation n'inspirait par elle-même toute confiance aux magistrats. La loi de 1883 (art. 14) ajoute aux causes motivant l'action disciplinaire : « Toute manifestation ou démonstration d'hostilité au principe ou à la forme du gouvernement de la République ».

Dans la législation antérieure à cette loi du 30 août 1883, les cours et tribunaux pouvaient d'office mettre en mouvement l'action disciplinaire; aujourd'hui l'exercice de l'action disciplinaire, est subordonné à la seule appréciation du Garde des sceaux (art. 16). Maître absolu de

l'action, il peut l'exercer ou la suspendre à son gré, atteindre tel magistrat et épargner tel autre. C'est donner une certaine part au caprice gouvernemental et restreindre en quelque sorte l'inamovibilité.

Nous voyons dans cette innovation quelque chose de regrettable.

Devant la Cour de cassation le magistrat poursuivi peut venir se défendre, présenter ses observations et même se faire assister d'un conseil. Pour lui permettre de discuter ainsi son accusation, il devra être dûment appelé. C'est ce que décidait l'article 55 de la loi du 20 avril 1810 et ce que décide aujourd'hui la loi du 30 août 1883 (art. 16). L'inobservation de la formalité de la citation ne saurait être une cause de nullité, si l'inculpé a été mis à même de présenter utilement sa défense par tout autre moyen. Elle n'est, en effet, que la sanction du droit de défense et ce dernier demeure intact <sup>(1)</sup>. — La non-comparution du magistrat poursuivi ne fait pas obstacle à ce que l'action disciplinaire suive son cours contre lui, il suffit qu'il ait été dûment appelé <sup>(2)</sup>.

La loi ne parlant pas des formes de l'instruction, il convient de reconnaître au conseil, le droit de recourir à telles mesures qu'il juge utiles dans l'intérêt de la manifestation de la vérité.

En général, les débats ont lieu à huis-clos, et une cer-

(1) Cass., 16 janv. 1884 (D. 84. 1. 252).

(2) Cass., 15 juin 1882 (D. 83. 1. 420).

taine publicité est seulement donnée au dispositif de la décision.

Cette décision est rédigée sous forme d'arrêt, et énonce les faits qui ont donné lieu à la poursuite indiquant que l'inculpé a été entendu ou dûment appelé, et elle est motivée.

En dehors de la mauvaise conduite et des fautes graves, pour lesquelles la Cour de cassation exerce son pouvoir de discipline, il doit être possible de mettre à la retraite d'office, les magistrats à qui leur état de santé ne permet pas de continuer l'exercice de leurs fonctions. Mais pour que cette mise à la retraite ne vienne pas détruire les garanties de l'immovibilité, elle ne peut être prononcée arbitrairement. La loi du 16 juin 1824 apporte les garanties nécessaires. Les magistrats ne peuvent être mis d'office à la retraite que pour infirmité grave ou incapacité de service. Il faut alors une décision de la Cour dont ils dépendent. A cette fin une enquête préliminaire est faite par une commission composée du premier président, des présidents de chambre et du doyen de la Cour (art. 2 et 3). Si cette commission estime qu'il y a des motifs suffisants pour justifier la mise à la retraite, elle en réfère au Garde des sceaux, lequel peut donner ou refuser l'ordre d'informer (art. 6, 7 et 8). Dans le cas où l'ordre d'informer est donné, la Cour décide en assemblée plénière, si elle estime qu'il y a lieu d'admettre le juge à la retraite (art. 11). La décision est alors exécutée par un décret du président de la République, rendu sur la proposition du ministre de la justice.

Faut-il voir une atteinte à l'inamovibilité dans le décret du 1<sup>er</sup> mars 1852 qui met d'office à la retraite, les magistrats des tribunaux de première instance et des cours d'appel à l'âge de 70 ans, et les membres de la Cour de cassation à 75 ans ? Cette disposition ne fournit au gouvernement aucun moyen d'influence sur les juges. Si hostile que soit un magistrat, il reste sur son siège, jusqu'à l'échéance du terme fatal, 70 ou 75 ans. Mais à cet âge il est forcé d'en descendre, quelque dévoué qu'il puisse être au gouvernement établi. Dans ces conditions, aucune crainte, aucun espoir ne peuvent altérer l'indépendance et l'impartialité de ses décisions.

Cette mesure contient cependant une inconséquence : Si l'âge de 70 ans représente en moyenne le déclin des facultés intellectuelles, pourquoi cette moyenne ne serait-elle pas la même pour les magistrats qui siègent à la Cour de cassation. N'aurait-il pas été préférable de fixer la limite d'âge de 75 ans pour tous les magistrats ? L'administration de la justice demande surtout de l'expérience et une grande maturité d'esprit. L'âge de 70 ans est un moment où les magistrats n'ont pas perdu ces précieuses qualités, pourquoi ne pas en faire profiter la justice pendant encore un certain nombre d'années ? Il reste la procédure de la loi du 16 juin 1824 pour les priver de leur siège, si le grand âge les rend incapables de continuer leur service.

Dans le cas où le gouvernement abusant de son autorité, déplacerait ou révoquerait un magistrat inamovible, celui-ci aurait un recours ouvert devant le Conseil d'État au

contentieux. Le recours pour excès de pouvoir permet, en effet, au juge de réclamer l'application des mesures tutélaires que le législateur a établies en sa faveur. Des arrêts du Conseil d'État, heureusement très rares consacrent la possibilité de ce recours.

C'est ainsi qu'en 1852, le Conseil d'État a admis le recours de MM. Saleta et Boxio, président et juge au tribunal civil de Prades contre une suspension dont ils avaient été l'objet dans des formes autres que celles du décret du 24 mars 1848 <sup>(1)</sup>. En 1893, M. Lebon, magistrat algérien déplacé sans l'avis de la Cour de cassation forma un recours du même genre. Le Conseil en admit la recevabilité, mais le rejeta quant au fond, attendu que la loi du 30 octobre 1883 n'était pas applicable à l'Algérie <sup>(2)</sup>.

## SECTION II

### PROFESSEURS.

#### § 1. — Raison d'être de la garantie.

Les professeurs ont pour mission d'enseigner; cette tâche demande une grande liberté d'esprit. Le professeur doit pouvoir sans crainte, exposer les principes de la science, en tirer des conséquences, émettre des théories,

(1) Cons. d'État., 7 mai 1852, Saleta (D. 52. 3. 26).

(2) Cons. d'État., 23 juin 1893 (*Recueil des arrêts du Conseil d'Etat*, 1893, p. 505).

formuler des doctrines, critiquer ce qu'il croit faux et développer ce qu'il pense être la vérité. Il ne faut pas que le désir de plaire au gouvernement influence en rien son enseignement. Le pouvoir arbitraire du gouvernement sur les professeurs, paralyserait toute initiative, toute nouveauté dans les doctrines, et asservirait la science au bon plaisir ministériel.

Comme l'intérêt des justiciables réclamait l'indépendance du magistrat, l'intérêt de l'enseignement exige l'indépendance du professeur.

Assurer l'indépendance d'esprit des professeurs, telle est la raison principale qui a conduit le législateur à les placer en dehors du droit commun, et à leur donner des garanties contre la révocation et les déplacements arbitraires. Cependant les longues et pénibles études qui seules peuvent ouvrir l'accès de la noble carrière de l'enseignement ont été aussi parmi les causes qui ont fait accorder des garanties spéciales aux professeurs. Il ne faut pas, disait M. Cousin à la Chambre des pairs en 1844, que les professeurs soient exposés à perdre leur titre « par un caprice ministériel, à la suite de quelque accusation ténébreuse... Comme on ne devient professeur qu'après avoir donné à l'État de sérieuses garanties, dès qu'on l'est, on a droit soi-même à des garanties sérieuses ». Et M. Barthélemy Saint-Hilaire rapporteur au Sénat de la loi du 27 février 1880, chartre actuelle de la garantie des professeurs, s'exprimait dans des termes analogues : « les professeurs de tout ordre à qui est remis l'enseignement, disait-il, sont

des fonctionnaires à part ; chargés de préparer l'avenir de la société, en formant des intelligences bien faites, qui puissent s'adapter à toutes les carrières, publiques ou privées, que de gages n'ont-ils pas fournis avant d'être investis d'une telle confiance et d'être élevés à ce sacerdoce laïque ? Que d'examens, que de concours n'ont-ils pas subis ! Que d'études difficiles et longues ! Quelle moralité et quel dévouement pour arriver un jour à parler comme il convient à la jeunesse et à l'enfance ! La société à son tour, doit des garanties exceptionnelles à des personnages d'une telle valeur et d'une si grande utilité... Dans l'accomplissement de leurs devoirs, ces fonctionnaires éminents ne peuvent pas dépendre de l'arbitraire ministériel ».

## § 2. — Historique des garanties données aux professeurs.

Les garanties des professeurs remontent à la création de l'Université.

En organisant le conseil de l'Université par les décrets du 17 mars 1808 et du 15 novembre 1811, le but de l'Empereur était d'en faire le tribunal suprême des membres de l'Université. Le Grand-Maitre n'avait l'administration que des peines disciplinaires légères. Il appliquait « les arrêts, la réprimande, la censure et la suspension des fonctions à ceux qui avaient manqué assez gravement à leurs devoirs pour encourir ces peines ». La mutation pour emploi inférieur n'était prononcée que sur l'avis de 3 membres du Conseil. Enfin les peines de « la réforme et

de la radiation » qui avaient pour conséquence d'exclure un membre du corps de l'Université ne pouvaient être infligées que par le Conseil. Ses décisions étaient « prises à la majorité absolue des voix et après discussion approfondie ». L'inculpé « devait être nécessairement entendu en personne ou appelé pour l'être ». Il avait en dernier ressort le recours au Conseil d'État.

Ces garanties se complétaient par une bonne organisation de l'avancement. L'article 30 du décret du 17 mars 1808 porte, en effet : « Après la première formation de l'Université impériale, l'ordre des rangs sera suivi dans la nomination des fonctionnaires et nul ne pourra être appelé à une place qu'après avoir passé par les places inférieures. Les emplois formeront ainsi une carrière qui présentera au savoir et à la bonne conduite, l'espérance d'arriver aux premiers rangs de l'Université ».

Toutes ces dispositions assuraient aux professeurs une carrière sûre, indépendante, et contribuèrent à donner à l'Université impériale, une puissance et un éclat incomparables.

Après les Cent-jours, une ordonnance du 15 août 1815 porta un coup terrible à la garantie des professeurs et à l'Université elle-même. Elle supprima la juridiction du Grand-Maître de l'Université en son Conseil, et la remplaça par celle du ministre de l'Intérieur, assisté d'une commission de 5 membres dite « commission de l'instruction publique ». Ce n'était pas seulement un changement de nom destiné à satisfaire l'opinion publique, c'était au

fond la substitution d'une commission entièrement dévouée au ministre, à un Conseil dont les membres nommés à vie jouissaient d'une grande indépendance. Les fonctionnaires du corps enseignant, dépouillés de toutes leurs garanties se trouvèrent soumis à l'arbitraire administratif.

Mais peu à peu le Conseil de l'Université se rétablit, redonnant aux professeurs leur indépendance. Une ordonnance du 22 juillet 1820 porta à 7, le nombre des membres de la Commission, qui reprit insensiblement les attributions de l'ancien Conseil de l'Université. Ce nouveau Conseil devint tout-puissant dans ce qui concernait le personnel de l'enseignement.

En 1824 fut créé le ministère de l'Instruction publique et des Affaires ecclésiastiques, confié à Mgr Frayssinous, évêque d'Hermopolis, déjà Grand-Maître de l'Université. Ces deux titres furent désormais unis.

La loi du 15 mars 1850 vint réorganiser le Conseil de l'Instruction publique en y faisant entrer des représentants des différents corps de l'État, clergé, armée, marine, magistrature, Conseil d'État; ses art. 14 et 76 confirmèrent les garanties traditionnelles accordées aux professeurs. La révocation d'un professeur de l'enseignement supérieur ou secondaire ne peut être prononcée que par un jugement d'un Conseil académique avec appel possible au Conseil supérieur de l'Instruction publique. Le retrait d'emploi exige un avis conforme du Conseil ou de la section permanente. Pour les professeurs de l'enseignement supérieur

la mutation pour emploi inférieur, ne peut également être prononcée que par le Conseil.

En 1852, un profond changement se produisit. Louis-Napoléon, président de la République, voulut tenir dans la main tous les membres de l'enseignement. Aux termes du décret du 9 mars 1852, le Chef de l'État nomme et révoque les membres du Conseil supérieur et les professeurs des facultés; le ministre, par délégation, exerce les mêmes pouvoirs sur les professeurs de l'enseignement secondaire; il peut user arbitrairement de tout l'arsenal des peines disciplinaires, depuis la réprimande jusqu'à la mutation et la révocation. La circulaire qui accompagne le décret se plaint que dans la législation antérieure « l'État responsable des établissements d'instruction, parce qu'ils sont placés sous sa direction, ne pouvait pas les gouverner assez fortement pour suffire à la responsabilité qui pèse sur lui ».

Pendant toute la première partie du second Empire, les professeurs furent ainsi privés de leurs précieuses garanties. Ce ne devait être qu'une éclipse de quelques années. L'arrivée de M. Duruy au ministère de l'instruction publique ouvrit l'ère des réformes libérales en matière d'enseignement. Le décret du 11 juillet 1863 rendu sur son initiative, vint soustraire au pouvoir discrétionnaire, les membres de l'enseignement. « A partir de ce jour, un Comité composé de cinq membres désignés par le Conseil impérial de l'instruction publique et choisi dans son sein, fut appelé à donner son avis motivé toutes les fois qu'il y avait lieu à révocation d'un professeur de l'enseignement supérieur ou

de l'enseignement secondaire, titulaire de son emploi ». L'inculpé était admis à présenter sa défense de vive voix ou par écrit.

Mais la justice vaut ce que valent les juges. Le décret du 9 mars 1852 subsistait pour la composition du Conseil de l'instruction publique. Le Comité de 5 membres était désigné par des conseillers nommés par une décision ministérielle renouvelée chaque année, et toujours révocable. « Sous l'empire de ce décret, disait M. le duc de Broglie à l'Assemblée nationale, plus d'élection, plus de permanence pour aucun membre du conseil. Dès lors, plus de véritable indépendance dans ce conseil, plus de contrôle appliqué ou de résistance opposée par lui aux résolutions ministérielles. Le conseil ainsi remanié représente la volonté particulière d'un ministre qui l'a choisi, pour être l'écho de sa voix et l'exécuteur de ses ordres ».

La loi du 19 mars 1873 rendit entièrement aux professeurs, leurs anciennes garanties, supprimées en 1852, en rétablissant l'élection des membres du Conseil supérieur.

Depuis, cette loi a été remplacée elle-même, par la loi du 27 février 1880, qui forme la législation actuelle sur les garanties des professeurs.

### § 3. — Professeurs auxquels s'appliquent les garanties.

Les garanties de stabilité ne sont pas accordées aux professeurs des trois ordres d'enseignement : supérieur, secondaire et primaire. Les professeurs de l'enseignement supé-

rieur et de l'enseignement secondaire seuls, jouissent de privilèges sérieux contre la révocation et les déplacements arbitraires. La situation des instituteurs primaires est des plus instables, tout au plus est-il posé pour eux, certaines règles légales pour l'avancement d'une classe à une autre.

Même parmi les professeurs de l'enseignement supérieur, et de l'enseignement secondaire, il y a lieu de faire des distinctions.

Pour l'enseignement supérieur, aux termes de l'article 32 du décret du 28 décembre 1885, il faut distinguer : les professeurs titulaires, les professeurs adjoints, les chargés de cours et les maîtres de conférences. Les garanties ont été établies seulement au profit des professeurs titulaires. Il nous semble cependant qu'elles s'étendent aux professeurs adjoints, l'article 40 du décret de 1885 disant « que les professeurs adjoints sont assimilés, sauf pour les traitements et la présentation aux chaires vacantes, aux professeurs titulaires ». Ce grade de professeur adjoint est donné par décret aux chargés de cours et maîtres de conférences, pourvus du grade de docteur, qui se sont distingués par leurs services (1).

(1) Signalons le projet de loi du 6 février 1897, sur la discipline et le contentieux de l'enseignement supérieur et de l'enseignement secondaire qui propose d'étendre les garanties à tous les agrégés. L'exposé des motifs s'explique ainsi : « En ce qui touche les personnes, les lois antérieures n'ont prescrit la garantie d'une juridiction qu'en faveur des professeurs titulaires ; il nous paraît juste de l'étendre aux agrégés des facultés et autres fonctionnaires de l'enseignement supérieur nommés après concours. Le concours crée des droits non moins qu'un décret ou un arrêté

Pour l'enseignement secondaire dans les lycées, nous trouvons des distinctions analogues. Il y a des professeurs titulaires, des chargés de cours et des professeurs des classes élémentaires. Quiconque n'est pas agrégé ne peut être chargé de cours. Les professeurs titulaires ont seuls des garanties contre les révocations et les déplacements arbitraires.

Dans les lycées à côté du corps des professeurs enseignants, il y a aussi des maîtres répétiteurs. La mutation pour emploi inférieur et la révocation sont prononcées contre eux par le ministre, sur la proposition du Recteur (1).

#### § 4. — Éléments de l'inamovibilité des professeurs.

Les garanties des professeurs portent sur les trois points que nous avons indiqués comme devant être réunis pour constituer un état : 1° Ils ne peuvent être révoqués ou mis à la retraite d'office que suivant une procédure déterminée et par le jugement de conseils spéciaux. 2° Ils ne peuvent être déplacés arbitrairement. 3° Leur avancement est réglé par la loi.

C'est pour les professeurs de l'*enseignement supérieur* que ces garanties sont les plus fortes.

de nomination, et il nous semble que, dans un cas comme dans l'autre, le fonctionnaire n'en peut être privé sans la double garantie d'un jugement en première instance et d'un jugement en appel ».

(1) Décret du 8 janv. 1887 (art. 25).

Comme pour les magistrats, le décret qui suffit pour investir ces professeurs de leurs fonctions, est impuissant à prononcer seul leur révocation. S'ils se rendent indignes d'enseigner, et commettent des fautes graves, il n'y a qu'un jugement de conseils spéciaux qui puisse les déclarer déchus. Ces conseils par leur composition offrent toutes les garanties possibles. La majorité de leurs membres appartient à l'enseignement, ils sont élus par leurs collègues.

Depuis la loi du 10 juillet 1896, c'est le Conseil de l'Université qui statue sur la révocation des professeurs de l'enseignement supérieur. Ce conseil n'est autre chose que l'ancien conseil général des facultés. Il se compose : du recteur de l'Académie, président; des doyens des Facultés; du directeur de l'École supérieure de pharmacie; de deux délégués de chaque Faculté élus pour trois ans par l'assemblée de la Faculté, parmi les professeurs titulaires; d'un délégué de l'École supérieure de pharmacie.

L'appel est toujours possible devant le Conseil supérieur de l'Instruction publique, qui depuis la loi du 27 février 1880, comprend uniquement des fonctionnaires de l'enseignement, quelques-uns désignés par décret mais le plus grand nombre élus par leurs collègues.

Par surcroît de garanties, le législateur de 1880, a voulu que la décision du Conseil supérieur soit prise à la majorité des  $\frac{2}{3}$  des suffrages <sup>(1)</sup>.

Soit devant le conseil de l'Université, soit devant le

(1) Loi du 27 févr. 1880 (art. 7).

Conseil supérieur, l'inculpé a le droit de prendre connaissance du dossier et de se défendre ou de se faire défendre de vive voix, ou au moyen de mémoires écrits, mais les débats ne sont pas publics <sup>(1)</sup>.

Toujours comme les magistrats inamovibles, les professeurs de l'enseignement supérieur ne peuvent pas non plus être déplacés, sans un jugement de conseils disciplinaires. La mutation pour emploi inférieur n'a lieu que sur avis conforme du Conseil supérieur de l'instruction publique <sup>(2)</sup>. Quant à la mutation pour emploi équivalent, la question a pu faire difficulté. Le rapporteur de la loi de 1880 dit, en effet : « L'hypothèse d'un professeur de Faculté qu'on déplacerait malgré lui *n'est pas impossible*, mais l'incident serait tellement exceptionnel et tellement délicat, que la loi n'a pas à s'en préoccuper, ce serait au Ministre seul de juger, comme il le fait pour l'enseignement secondaire, ce que les convenances exigent, et ce qu'elles permettent ».

Avec un pareil exposé des motifs, et le silence de la loi de 1880 à ce sujet, il nous semble que les professeurs de

(1) Décret du 11 mai 1880 (art. 5 et 7). Décret du 21 juill. 1897 (t. III, art. 16 à 27).

(2) Loi du 27 février 1880 (art. 14).

Le projet de loi du 6 février 1897 que nous avons déjà mentionné plus haut modifierait cette disposition dans un sens défavorable aux professeurs. La rétrogradation de classe pourrait être prononcée par le ministre sur le simple avis de la section permanente, tandis qu'actuellement la mutation pour emploi inférieur qui lui correspond ne peut être prononcée qu'après avis conforme du Conseil supérieur.

l'enseignement supérieur ne jouissaient d'aucune garantie pour les mutations pour emploi équivalent. Mais le décret du 28 décembre 1885 (art. 34) est venu affirmer formellement que nul professeur titulaire de l'enseignement supérieur ne pourrait être déplacé d'office pour un emploi équivalent, qu'après avis conforme de la section permanente du Conseil supérieur de l'instruction publique, et après avoir été entendu par elle.

La section permanente est une émanation du Conseil supérieur qui siège dans l'intervalle des sessions. Elle se compose des neufs membres nommés conseillers par décret du Président de la République, et de six conseillers que le Ministre désigne parmi ceux qui procèdent de l'élection <sup>(1)</sup>.

Pas plus que la révocation et les mutations pour emploi inférieur ou équivalent, la mise à la retraite d'office n'est laissée à l'arbitraire du Ministre. Le décret du 4 novembre 1882 dispose que les professeurs titulaires ne peuvent être admis à la retraite, que sur leur demande, ou en cas d'impossibilité constatée de remplir leurs fonctions. Alors le Ministre devra prendre l'avis de la section permanente du Conseil supérieur, et les délibérations ne seront valables que si la moitié plus un des membres sont présents.

De même que nous avons vu pour les magistrats, deux limites d'âge, l'une de 70 ans, l'autre de 75ans; de même les professeurs cessent leurs fonctions à 70 ans, à moins

(1) Loi du 27 févr. 1880 (art. 3).

qu'ils ne soient maintenus en exercice hors cadre, après avis de la section permanente, et à 75 ans s'ils sont membres de l'Institut. Nous pourrions faire ici la remarque que nous avons déjà faite : pourquoi deux limites d'âge différentes ? Cependant ici le droit pour le Ministre de maintenir les professeurs hors cadre, atténue un peu cette inconséquence.

Au point de vue de la suspension, les professeurs sont moins bien traités que les magistrats, qui ne peuvent être suspendus que par un jugement du Conseil supérieur de la magistrature. Le Ministre peut seul prononcer la suspension d'un professeur, sans privation de traitement pour un temps qui n'excèdera pas un an. Pour un temps plus long les garanties reprennent, il faudrait un jugement du conseil de l'Université avec appel possible au Conseil supérieur <sup>(1)</sup>.

Mais ce que les magistrats n'ont pas, et que possèdent les professeurs, ce sont des garanties sérieuses d'un avancement régulier. Les promotions ont lieu, dans chaque ordre de Faculté, et dans les Écoles supérieures de pharmacie, d'après le nombre des vacances, *mi-partie à l'ancienneté mi-partie au choix* <sup>(2)</sup>. Le professeur nouvellement nommé, prend rang dans la dernière classe, sauf exception, sur l'avis motivé de la section permanente. Il est dressé chaque année, au mois de décembre, un tableau des professeurs

(1) Loi du 27 févr. 1880 (art. 15).

(2) Décret du 12 févr. 1881, art. 2, 3, 4, 5, 6 et 7.

par ordre d'ancienneté. L'avancement à l'ancienneté est un droit pour les professeurs, et nous pensons que celui dont le droit serait méconnu pourrait utilement former un recours pour excès de pouvoir devant le Conseil d'État. Cependant ce droit disparaît pour les professeurs qui cumulent plusieurs fonctions rétribuées, et sur l'avis conforme de la Commission compétente du Comité consultatif, l'avancement d'un professeur à l'ancienneté peut être ajourné. L'ajournement doit être proposé au Ministre, dans un rapport spécial, qui fait connaître et apprécier les motifs qui justifient cette mesure.

Les promotions au choix ne se font pas pour cela arbitrairement au gré du ministre. Au mois de décembre, chacune des commissions du comité consultatif de l'enseignement supérieur, établit pour l'ordre d'enseignement dont elle s'occupe, une liste de présentations pour promotion au choix, et le Ministre statue au mois de janvier sur ces propositions.

Les garanties que nous venons d'analyser sont spéciales aux professeurs de l'enseignement supérieur.

Dans *l'enseignement secondaire* des garanties analogues bien que moins fortes existent.

Pour la révocation la situation est identique, sauf que le conseil académique <sup>(1)</sup> remplace le conseil de l'Université.

(1) Le Conseil académique se compose du recteur président ; des inspecteurs d'académie ; des doyens des facultés de théologie (catholique ou protestante), de droit, de médecine, des sciences et des lettres, des directeurs des écoles supérieures de pharmacie de l'État, des directeurs des écoles

Même appel ouvert devant le Conseil supérieur, et dans les mêmes conditions. Le décret du 4 novembre 1882 sur la mise à la retraite d'office s'applique aussi.

C'est quant aux déplacements que la différence s'accuse : La *mutation pour emploi inférieur* n'est plus prononcée sur l'avis du Conseil supérieur de l'instruction publique, mais l'avis de la section permanente suffit, et il n'a même pas besoin d'être conforme. La *mutation pour emploi équivalent* ne paraît entourée d'aucune garantie. Le pouvoir pour le ministre de l'opérer seul, est affirmé par le rapporteur de la loi de 1880, et, à notre connaissance, aucun décret comme celui du 28 décembre 1885, n'est intervenu pour l'enseignement secondaire. « Nous ne voulons pas enlever au Ministre, disait le rapporteur, la possibilité de déplacer un professeur, qui sans avoir enfreint la discipline en quoi que ce soit, ne pourrait pas rester sans quelque dommage, et par suite de circonstances particulières, dans la localité où jusque-là il aurait enseigné même avec succès. Le ministre doit toujours être libre, sous sa responsabilité de prendre ces décisions pénibles quand le bien

de plein exercice et préparatoire de médecine et de pharmacie, et des directeurs des écoles préparatoires à l'enseignement supérieur des sciences et des lettres du ressort ; d'un certain nombre de membres élus par leurs collègues dans l'enseignement supérieur et dans l'enseignement secondaire ; de deux membres choisis par le Ministre dans les conseils généraux, et deux dans les conseils municipaux, qui concourent aux dépenses de l'enseignement supérieur ou secondaire du ressort (Loi du 27 févr. 1880, art. 9). La décision doit être prise aux 2/3 des suffrages.

du service lui semble réclamer cette mesure sévère ».

Les règles suivies pour l'établissement du cadre de chaque classe et pour les promotions sont indiquées par le décret du 16 juillet 1887 (art. 4 et suiv.).

*Dans l'enseignement primaire* il n'y a pas d'état constitué aux instituteurs. La loi du 30 octobre 1886 (art. 31) dit bien que la révocation des instituteurs titulaires est prononcée par l'inspecteur d'académie, après avis motivé du conseil départemental, mais cet avis ne lie pas le préfet : la loi ne dit pas qu'il doit être conforme. Cependant l'instituteur révoqué peut dans le délai de vingt jours, interjeter appel devant le Ministre. Il n'y a que pour l'interdiction à temps, ou absolue, pour cause d'inconduite et d'immoralité que le conseil départemental rende à l'égard des instituteurs un véritable jugement.

Le changement de résidence d'une commune à une autre pour nécessités de service, est prononcé par le préfet, sur la proposition de l'inspecteur d'académie ; il n'y a même pas besoin ici d'un avis du conseil départemental.

Pour l'avancement d'une classe à une autre les instituteurs ont une garantie contre les intrus étrangers à la carrière et la trop grande faveur, l'avancement se fait par département. Les instituteurs et institutrices de cinquième et de quatrième classes, ne peuvent être promus à la classe supérieure, qu'après cinq ans d'exercice dans la classe à laquelle ils appartiennent. Ne peuvent être promus à la deuxième et à la première classe, que les maîtres pourvus du brevet supérieur, et ayant passé trois an-

nées au moins dans la classe immédiatement inférieure<sup>(1)</sup>.

La violation de ces règles pour l'avancement pourrait, il nous semble, donner aux individus lésés ouverture à un recours au Conseil d'État; ce recours est d'ailleurs toujours possible dans tous les cas où les professeurs seraient révoqués, déplacés, ou forcés à rétrograder en dehors des formes prescrites par la loi ou des décrets. Il est également ouvert contre les jugements en dernier ressort du Conseil supérieur de l'instruction publique.

Le Conseil d'État admet, en effet, ce recours aussi bien contre les décisions des autorités ou des corps administratifs que contre les jugements des juridictions administratives en dernier ressort. Mais, en l'absence de texte comme la loi du 16 septembre 1807 pour la Cour des comptes et celle du 15 juillet 1889 pour les conseils de révision, le seul moyen qui puisse être invoqué est l'incompétence ou le vice de forme.

Ainsi un arrêt du Conseil d'État du 17 novembre 1851<sup>(2)</sup> a annulé pour excès de pouvoir, un jugement du conseil de l'Université du 8 février 1850 pour avoir prononcé la réforme sans avoir entendu en personne ni appelé pour l'être, l'inculpé comme le veut l'art. 400 du décret du 15 mars 1811.

(1) Loi du 19 juill. 1889, art. 24.

(2) Cons. d'Ét., 17 nov. 1851, Perquin (D. 52. 3. 20).

## CHAPITRE III

DE L'ÉTAT DES OFFICIERS ET DES INGÉNIEURS ÉTABLI  
AVANT TOUT DANS LEUR INTÉRÊT PERSONNEL

---

En instituant l'inamovibilité des magistrats et des professeurs, le législateur avait surtout en vue l'intérêt des services de la justice et de l'instruction publique, qui ne peuvent être bien administrés, que par des fonctionnaires indépendants; ici c'est plutôt l'intérêt personnel des officiers et des ingénieurs qui a été considéré. La stabilité de leurs fonctions a été assurée comme compensation soit aux fatigues de leur service, soit aux longues et difficiles études préparatoires auxquelles ils ont dû se livrer. La même similitude de motifs et d'organisation que nous avons rencontrée entre les garanties des professeurs et celles des magistrats, se retrouve ici, ce qui nous permet d'étudier dans un même chapitre, la situation des officiers et celle des ingénieurs des ponts et chaussées et des mines.

## SECTION I

### OFFICIERS

#### § 1. — Raison d'être de la garantie.

C'est bien par mesure de compensation que les officiers ont été pourvus de garanties sérieuses contre l'action du gouvernement. L'officier gagne son grade en risquant sa vie sur les champs de bataille ou en la consacrant au labeur ingrat de l'instruction des recrues, il renonce aux carrières lucratives pour se vouer entièrement à l'œuvre de la défense nationale. Spontanément il s'oblige à accomplir pendant toute sa vie, un service que les autres ne font que par contrainte, et durant quelques années seulement; il sert le pays sans se préoccuper du gouvernement et du régime politique, il ne faut pas qu'après avoir offert sa vie pour sauver la patrie, il puisse être ensuite l'objet de la rancune, ou de la colère d'un gouvernement. Le législateur doit accorder à de pareils serviteurs des faveurs spéciales; si leur solde est peu élevée, au moins doivent-ils être assurés de conserver un grade, qui est véritablement le fruit de leur travail.

#### § 2. — Historique des garanties accordées aux officiers.

Sous l'ancien régime, le système de la vénalité qui s'était établi dans les fonctions judiciaires et de finance,

avait pénétré jusque dans l'armée. La plupart des grades s'achetaient et les officiers étaient propriétaires de leur compagnie ou de leur régiment. Pour les grades qui ne s'acquéraient pas à prix d'argent, il n'y avait qu'une règle bien précise, c'est que la noblesse seule pouvait y prétendre.

En 1789, l'Assemblée constituante qui supprima les offices et rendit électives et temporaires la plupart des fonctions civiles, donna au contraire des garanties nouvelles aux droits des militaires. Elle déclara que les grades militaires ne pouvaient se perdre que par démission ou jugement <sup>(1)</sup>. L'avancement ouvert à tous, fut accordé dans certaines proportions à l'élection, à l'ancienneté et au choix <sup>(2)</sup>.

L'article 41 de la constitution de l'an VII porte : « Le premier consul nomme et révoque à volonté les officiers de l'armée ». Mais d'après un arrêté du 5 nivôse an VIII, emprunté aux lois antérieures, tout officier qui cessait de servir avait droit à un traitement de réforme, hors les cas de démission et de destitution par jugement.

Le gouvernement de la Restauration réorganisa l'armée sur de nouvelles bases, et fit une loi sur l'avancement <sup>(3)</sup>. Mais le défaut commun de tous ces règlements, était de

(1) Loi du 5 sept. 1791.

(2) Loi du 18 sept. 1790.

(3) Loi du 10 mars 1818, tit. VI; Ordonnances des 2 août et 30 déc. 1818 et 21 avr. 1819.

n'instituer aucune voie de recours pour assurer l'exécution de leurs dispositions.

La Charte de 1830 promet une loi sur l'état des officiers.

Enfin les lois du 14 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée de terre, du 20 avril 1832 sur l'avancement dans l'armée de mer et du 19 mai 1834 sur l'état des officiers assurèrent aux militaires les garanties dont ils jouissent aujourd'hui.

Depuis, en exécution des articles 45 et 58 de la loi du 13 mars 1875 sur la constitution des cadres et des effectifs de l'armée, il a été rendu un décret le 31 août 1878 portant règlement sur l'état des officiers de réserve et de l'armée territoriale, le mode et les conditions de leur avancement.

### § 3. — Analyse des garanties des officiers.

On ne pouvait garantir l'officier d'une façon identique à celle que nous avons vu employer pour les magistrats et les professeurs. Il eut été impossible d'abord, de donner à l'officier des garanties contre les déplacements arbitraires, la nature même de sa fonction s'y oppose. Le gouvernement doit pouvoir l'appeler où les besoins de la défense nationale le réclament. L'idée d'un officier inamovible est inconcevable. La nécessité du commandement exige aussi, que l'officier qui manque à la discipline, soit immédiatement privé de son autorité sur les soldats, sans qu'il soit besoin d'attendre la décision d'un Conseil supérieur comme

le Conseil de la magistrature et le Conseil de l'instruction publique.

Le législateur est arrivé, par une distinction ingénieuse, à concilier les garanties à donner aux officiers avec la liberté de disposition et d'action indispensable pour l'organisation et le commandement des armées. Il distingue le grade et l'emploi <sup>(1)</sup>. Le grade seul constitue la propriété de l'officier, l'emploi reste à la disposition du gouvernement.

A) *Du grade.* — Quand on parle de la propriété du grade, il s'agit évidemment d'une propriété d'un genre spécial. L'officier est propriétaire de son grade, le professeur de sa chaire, mais ils n'ont pas le droit d'en disposer à titre gratuit ou onéreux; la propriété est ici plutôt un usufruit à vie sur le grade ou sur la chaire.

Dès que l'officier a été régulièrement nommé, son grade lui est définitivement acquis; cette nomination doit être considérée comme faite à partir de son insertion au journal militaire officiel, et non pas seulement à partir du jour où le titulaire a été mis en possession de son brevet <sup>(2)</sup>. A dater de cette insertion, la nomination ne peut plus être annulée, que pour l'une des causes déterminées par la loi de 1834.

Ces causes sont les suivantes :

1<sup>o</sup> Démission acceptée.

(1) Loi du 19 mai 1834 (art. 24).

(2) Cons. d'Ét., 13 mars 1852, Mercier.

2° Perte de la qualité de français prononcée par jugement.

3° Condamnation à une peine afflictive ou infamante.

4° Condamnation à une peine correctionnelle pour délits prévus par la section 1, et les articles 402, 403, 406 et 407 du chap. II du tit. II du livre III du Code pénal.

5° Condamnation à une peine correctionnelle qui, en outre, a interdit le condamné des droits civiques, civils et de famille.

6° Destitution prononcée par jugement d'un conseil de guerre.

Par conséquent, c'est toujours à la suite d'un jugement que la perte du grade est encourue : jugements de tribunaux civils, criminels, correctionnels ou conseils de guerre.

Le Conseil d'État admet la recevabilité des recours pour excès de pouvoir, formés par les officiers qui se plaignent d'avoir été privés de leurs grades en dehors des cas prévus par la loi <sup>(1)</sup>.

Les avantages qui constituent le grade sont au nombre de trois. Ce sont :

1° *Des privilèges honorifiques ;*

2° *Des droits à l'avancement ;*

3° *Des droits à un certain traitement.*

1° L'officier peut faire suivre son nom de la désignation de son grade, ce titre reste accolé à son nom, il en a la propriété aussi bien que de ce nom même.

(1) Cons. d'Ét., 20 mai 1887, duc d'Aumale, Prince Murat, p. 409.

De plus, l'officier a le droit de porter l'uniforme et les marques extérieures de son grade.

2° L'avancement est réglé d'une façon très stricte dans l'armée. Il a lieu à l'ancienneté et au choix.

L'avancement par ancienneté ne pouvait être organisé pour les grades supérieurs, et même dans les grades inférieurs, il fallait laisser une place importante au choix. Le droit absolu à l'avancement par ancienneté aurait permis à des officiers médiocres d'arriver aux plus hauts emplois, et aurait empêché l'État de profiter des talents exceptionnels de certains jeunes officiers, que leur intelligence désigne pour les postes de direction. L'avancement au choix et à l'ancienneté ont été ainsi combinés : dans les grades inférieurs, la part de l'ancienneté est très grande, et elle va en diminuant à mesure que l'on s'élève aux grades supérieurs. Les  $\frac{2}{3}$  des grades de lieutenant<sup>(1)</sup> et de capitaine, et la moitié des grades de chef de bataillon et de chef d'escadron, sont donnés à l'ancienneté ; au-dessus, toutes les promotions se font au choix <sup>(2)</sup>.

Les nominations à l'ancienneté sont faites d'après la liste arrêtée chaque année, et rendue publique par l'annuaire militaire. Dès que des vacances se produisent, l'officier, le premier sur la liste, a droit d'être nommé dans les proportions que nous venons d'indiquer.

La violation de ce droit peut donner lieu à un recours

(1) D'après la loi du 26 mars 1891 tous les sous-lieutenants passent même de plein droit lieutenants après deux ans de grade.

(2) Loi du 14 avr. 1832, art. 12, 13 et 14.

devant le Conseil d'État par la voie contentieuse <sup>(1)</sup>. Mais une difficulté se présente. Les pouvoirs du Conseil d'État vont-ils aller jusqu'à l'annulation de la nomination faite irrégulièrement? Le nouvel officier nommé a acquis *ipso facto* la propriété de son nouveau grade, et nous pensons avec M. Laferrière <sup>(2)</sup> que le Conseil d'État ne pourrait la lui retirer. Dans ce cas, la conciliation du droit de l'officier promu et du droit de celui qui aurait dû l'être est faite par l'ordonnance du 16 mars 1838. L'article 36 dit « lorsqu'un officier n'a pas obtenu l'avancement auquel il avait droit par son ancienneté, il est nommé à la première vacance qui survient... L'officier compte son ancienneté dans son nouveau grade, du jour où l'emploi qui lui appartenait a été conféré à un officier moins ancien que lui, et ce dernier conserve son ancienneté ». Dès lors le Conseil d'État ne devra pas statuer en vertu des lois des 7-14 octobre 1790 et 24 mai 1872, qui lui permettent d'annuler les actes entachés d'excès de pouvoir, mais il devra faire l'application pure et simple de l'ordonnance de 1838.

L'avancement au choix n'est pas pour cela laissé à l'arbitraire du Ministre.

Pour être appelé à un grade, l'officier doit avoir passé un certain temps dans le grade immédiatement inférieur; il faut deux ans de grade de sous-lieutenant pour devenir

(1) Cons. d'Ét., 20 mars 1862, Petit, p. 214; 6 févr. 1874, Hounau, p. 118; 2 mai 1873, Cord, p. 360; 10 déc. 1875, Hucher, p. 983.

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2<sup>e</sup> édit., t. II, p. 541.

lieutenant, deux ans de grade de lieutenant pour passer capitaine, quatre ans de grade de capitaine pour être chef d'escadron, trois ans de grade de chef d'escadron pour le grade de lieutenant colonel.

De plus, les nominations au choix ont lieu d'après des tableaux dressés tous les ans par des commissions spéciales, composées d'officiers, mais le Ministre peut toujours inscrire d'office sur ce tableau, des officiers qui, par leurs services exceptionnels, lui paraissent mériter cette faveur.

Un décret récent du 22 mars 1898 est venu modifier le mode de composition des commissions de classement. « Ces nouvelles dispositions suppriment ou diminuent, dans les commissions de classement, l'action des chefs directs des officiers dont l'avenir dépend de ces commissions » (1).

Mais à l'encontre de l'ancienneté, le fait de figurer sur le tableau d'avancement au choix, ne confère à l'officier aucun droit de nomination aux places vacantes, l'officier fût-il seul sur le tableau (2).

Une réforme importante sur le mode d'avancement a été faite en 1872. D'après la loi de 1832, les sous-officiers de toute arme étaient nommés officiers, les sous-lieutenants et lieutenants d'infanterie et de cavalerie nommés lieutenants et capitaines, dans les corps auxquels ils appartenaient. Ce système constituait d'un régiment à l'autre de

(1) V. Dueroq, *Cours de droit administratif*, 7<sup>e</sup> éd., t. III, p. 235.

(2) Cons d'Ét., 22 janv. 1863, Gache. *Id.* 9 janv. 1868, de Vittré.

grandes différences dans les conditions d'avancement, aussi, la loi du 5 janvier 1872 a décidé que désormais l'avancement dans chaque arme (infanterie, cavalerie, artillerie, génie, train de l'artillerie, train des équipages) porterait sur toute l'arme, quel que soit le grade.

3° Le troisième élément de la propriété du grade, consiste dans le droit à un traitement déterminé par la loi, et après un certain âge le droit à une pension de retraite.

A ce point de vue qu'il nous suffise de signaler que les officiers sont mieux traités que les fonctionnaires civils. Tandis que ceux-ci doivent obtenir du Ministre l'autorisation de faire valoir leurs droits à la retraite pour faire opérer la liquidation de leur pension, les officiers remplissant les conditions déterminées ont un droit acquis à réclamer d'office cette liquidation.

B) *De l'emploi.* — Mais à côté du grade, il y a l'emploi et d'après les principes posés par la loi, celui-ci reste à la disposition du chef de l'État dans l'intérêt de la discipline.

N'y a-t-il pas à redouter que le retrait de l'emploi n'affecte gravement le grade lui-même? Sous prétexte de disposer de l'emploi, le gouvernement ne va-t-il pas enlever à l'officier, les avantages attachés à sa position, et ne lui laisser qu'un vain titre honorifique?

Le législateur s'est occupé de la question, et il a sagement proportionné la perte des divers attributs du grade à la gravité des mesures prises contre l'officier. Le droit à l'avancement n'est perdu complètement qu'à la suite de faits très graves: le traitement se trouve de plus en plus

réduit, mais jamais entièrement supprimé. A cet effet, la loi de 1834 examine les diverses positions de l'officier au point de vue de l'emploi : « Les positions de l'officier, porte l'article 2 de la loi du 19 mai 1834 sont : *l'activité et la disponibilité, la non activité, la réforme, la retraite* ».

« *L'activité* est la position de l'officier appartenant à l'un des cadres constitutifs de l'armée, pourvu d'emploi, et de l'officier hors cadre, employé temporairement à un service spécial ou en mission.

« *La disponibilité* est la position spéciale de l'officier général ou d'état-major appartenant au cadre constitutif, et momentanément sans emploi. »

*L'activité* est donc l'état normal; l'officier en activité est tout à la fois, en possession du grade et de l'emploi. Il jouit de tous les avantages que le grade est susceptible de procurer.

Pour l'officier, en général, il n'y a pas d'état intermédiaire entre cette position et celle de non-activité.

La loi accorde, au contraire, sous ce rapport, un privilège aux officiers généraux ou d'état-major. On a dit que le service de l'armée exige que parmi les officiers généraux ou d'état-major, il y ait des officiers disponibles, c'est-à-dire momentanément sans emploi, tout en restant dans les cadres.

De plus, une loi du 4 août 1839, abrogée pour partie par un décret du gouvernement provisoire du 11 avril 1848, remise en vigueur par un décret du 1<sup>er</sup> décembre 1852, et modifiée par la loi du 13 mars 1875, crée pour ces offi-

ciers, une seconde position de faveur qui est la réserve. Le cadre des officiers généraux se divise en deux sections, la première comprend l'activité et la disponibilité, et la deuxième la réserve (1).

Les généraux de division qui ont atteint l'âge de 65 ans, et les généraux de brigade qui ont 62 ans accomplis, cessent d'appartenir à la première section pour passer dans la seconde. Même avant cet âge, un décret du président de la République peut par anticipation, mettre dans le cadre de réserve, soit d'office, soit sur leur demande, les officiers généraux qui, pour raison de santé dûment constatée, ne peuvent être maintenus dans le service actif (2).

L'âge de 62 ans et de 65 ans n'est pas au contraire une limite fatale, qui doit faire sortir de la première section du cadre. D'après l'article 8 de la loi de 1875, « peuvent être maintenus sans limite d'âge dans la première section du cadre de l'état-major général, en vertu d'un décret du président de la République, délibéré en Conseil des ministres, et inséré au *Bulletin des lois*, et pourvus d'emplois en temps de paix jusqu'à l'âge de 70 ans, les généraux de division qui munis de lettres de commandement, ont rendu des services éminents en exerçant avec distinction devant l'ennemi certains hauts commandements : 1° de commandant en chef d'une armée composée de plusieurs corps d'armée ; 2° d'un corps d'armée composé de plusieurs divisions de

(1) Loi du 13 mars 1875 (art. 8).

(2) Loi du 13 mars 1875 (art. 8 et 37).

différentes armes; 3° de major général, commandant en chef de l'artillerie ou du génie dans une armée composée de plusieurs corps d'armée ».

Il ne faudrait pas croire que cette organisation spéciale donnée à l'état-major général de l'armée soit en contradiction avec la loi sur l'état des officiers. L'inscription dans l'une ou l'autre section du cadre n'a rien de commun avec les positions définies par la loi du 19 mai 1834. L'officier général qui tombe dans les conditions d'application de cette loi doit y être soumis. La loi de 1875 en édictant une disposition spéciale pour rendre inapplicable aux officiers généraux la position de non-activité pour infirmités temporaires prévue par la loi du 19 mai 1834 <sup>(1)</sup>, prouve implicitement que les autres prescriptions de cette loi lui sont applicables.

Mais revenons à la loi commune sur l'état des officiers.

La position la plus avantageuse que puisse avoir l'officier après l'activité, est la *non-activité* qui le place hors cadre et sans emploi.

Elle ne peut être motivée que par l'une des causes suivantes : « Licenciement de corps; suppression d'emploi; rentrée de captivité à l'ennemi, lorsque l'officier prisonnier de guerre a été remplacé dans son emploi; infirmités temporaires; retrait ou suspension d'emploi » (art. 5).

Toutes ces causes de mise en non-activité, ne dépen-

(1) Loi du 13 mars 1875 (art. 8, § 6).

dent pas du fait de l'officier, il n'y a guère que le retrait ou suspension d'emploi qui supposent un manquement à la discipline et une faute. On ne peut imputer à l'officier un licenciement de corps, la suppression de son emploi, même sa captivité à l'ennemi, ou ses infirmités temporaires. Aussi n'y a-t-il qu'au cas de mise en non-activité pour retrait ou suspension d'emploi, que les attributs du grade soient sérieusement atteints.

Quand la non-activité résulte du licenciement de corps, de la rentrée de captivité, le prisonnier de guerre, remplacé dans son emploi, conserve intacts ses droits à l'avancement, au commandement, à la réforme et touche une solde, un peu diminuée il est vrai. C'est, comme on l'a dit, une sorte de disponibilité avec solde réduite.

Un peu moins avantageuse est la position de l'officier en non-activité pour infirmités temporaires. Lors de la discussion de la loi on avait réclamé que dans ce cas comme dans le précédent, le temps passé en non-activité, comptât pour l'avancement, mais sur l'observation faite par un député « *qu'on n'avance pas dans son lit* », la proposition fut rejetée. Le temps passé en non-activité pour infirmités, compte donc seulement pour la réforme et la retraite; l'officier touche la moitié de sa solde d'activité, dégagée de tous accessoires, et de toute indemnité représentative.

La position de non-activité pour retrait ou suspension d'emploi est la même : le temps ne compte pas pour l'avancement et il n'appartient pas au Ministre de la guerre, en

rapportant une décision dont il reconnaîtrait l'erreur ou l'injustice, d'annuler l'effet de cette décision ; la perte de l'ancienneté est définitive, et la solde est encore plus réduite, et elle n'est que les deux cinquièmes du traitement d'activité<sup>(1)</sup>.

La non-activité, surtout motivée pour les deux dernières raisons, porte une atteinte assez grave aux attributs du grade. Certains députés voulaient qu'on donnât alors à l'officier la garantie d'un conseil d'enquête ; il fut répondu qu'il fallait laisser toute liberté au gouvernement, dans l'intérêt de la conservation de la discipline dans l'armée. Le Président de la République seul peut la prononcer. Pour la mise en non-activité par raison d'infirmités temporaires, il y a bien des formalités préalables, mais elles sont prescrites par de simples règlements ministériels, et leur non accomplissement ne pourrait donner lieu à aucun recours devant le Conseil d'État<sup>(2)</sup>.

La position de non-activité cesse soit par le rappel à l'activité, soit par la mise en réforme ou l'admission à la retraite. Nous sommes ainsi amenés à étudier ces deux autres positions de l'officier.

*La réforme* est la position de l'officier hors cadre, définitivement sans emploi, n'ayant pas acquis de droit à une pension de retraite. Il conserve uniquement le titre honorifique correspondant à son grade, et touche une solde de réforme temporaire s'il a moins de 20 ans de service, et

(1) Loi du 19 mai 1834 (art. 16).

(2) Cons. d'Ét., 2 juin 1876, Labussière, 14 mars 1879, Chazotte.

viagère dans le cas contraire. Ces soldes ou pensions sont déterminées d'après la pension de retraite afférente au grade de l'officier, conformément à l'article 2 de la loi du 17 août 1879. Le chiffre en est différent suivant que la mise en réforme a pour cause des infirmités ou des motifs disciplinaires. Elles ne peuvent se cumuler avec un traitement civil.

La mise en réforme peut être occasionnée d'abord par des infirmités graves et incurables qui ne proviennent pas des fatigues ou des dangers du service militaire, ces infirmités n'ouvrent pas, en effet, le droit à pension. Dans ce cas le Président de la République statue sur la proposition du Ministre, sans aucune intervention d'un conseil d'enquête.

Il n'en est pas de même quand la réforme est motivée pour les autres causes énumérées par la loi : inconduite habituelle — fautes graves dans le service ou contre la discipline — faute contre l'honneur — prolongation au délai de trois ans de la position de non-activité. Dans ces différents cas, l'officier doit être traduit devant un conseil d'enquête « dont l'avis, dit la loi, ne peut être modifié que dans un cas qui lui soit favorable ». C'est dire que la réforme ne peut être prononcée contrairement à l'avis de ce conseil.

Cette garantie se justifie très bien par la gravité de l'atteinte que la mise en réforme fait subir au gradé. En réalité il ne reste plus à l'officier qu'un vain titre honorifique, et un maigre traitement, sans aucun espoir de réintégration. Le législateur qui a repoussé la garantie d'un conseil

d'enquête pour la mise en non-activité, ne pouvait le faire pour la mise en réforme, sous peine de mettre à néant la propriété du grade.

La composition des conseils d'enquête et leur mode de procéder se trouvent actuellement dans un règlement d'administration publique du 29 juin 1878. Le conseil le plus important est le conseil de régiment « véritable conseil de famille composé de compagnons de l'officier, exempts de jalousie ou de malveillance, mais ayant le sentiment du respect dû au corps auquel ils appartiennent » (1). À côté il a été créé des conseils de région pour les officiers ne faisant partie d'aucun corps de troupes, et un conseil spécial pour les officiers généraux.

L'irrégularité dans la composition d'un conseil d'enquête donnerait ouverture à un recours devant le Conseil d'État (2).

*La retraite* est la position de l'officier rendu à la vie civile avec une pension de retraite. Il conserve toujours néanmoins son grade, la retraite ne l'en dépouille pas, ce n'est pas une des causes de perte du grade énoncées dans la loi de 1834. L'officier rétraité a droit à son titre honorifique, à une pension de retraite et il garde s'il est rappelé dans l'armée active les droits au commandement (3).

(1) *Répertoire du droit administratif*, de Béquet au mot *Armée*, n° 592.

(2) Cons. d'Ét., 8 juill. 1892, Otto, p. 602; 28 mars 1885, Lamarque, p. 386; 27 nov. 1885, Le Cadre, p. 871.

(3) Loi du 13 mars 1875 (art. 43).

La mise à la retraite peut être demandée par l'officier qui remplit les conditions d'âge et de service déterminées.

Elle peut être aussi ordonnée d'office. Le gouvernement a le droit de mettre un officier en retraite d'office, quand il a acquis le droit à pension, c'est-à-dire après 30 ans de services. Mais il n'use de ce droit que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque, pour des raisons d'inaptitude physique ou morale, l'officier ne peut plus rester dans l'armée. Cependant une décision impériale du 10 août 1863, a fixé une limite d'âge à partir de laquelle un officier est mis nécessairement à la retraite. Cette limite est de 52 ans pour les lieutenants, 53 pour les capitaines, 56 pour les chefs de bataillon, 58 pour les lieutenants-colonels, 60 pour les colonels.

Les dispositions qui règlent la condition des officiers de marine, sont analogues à toutes celles que nous venons d'examiner pour les officiers de l'armée de terre. La propriété du grade est garantie de la même façon. Une loi du 10 juin 1896 a réorganisé le corps des officiers de marine. L'article 8 de cette loi s'occupe de la mise à la retraite d'office, et le Conseil d'État vient de rendre à ce sujet un arrêt qui montre jusqu'à quel point va la protection des officiers.

Aux termes de cet article : « Peuvent être admis d'office à la retraite, les officiers qui ayant acquis des droits à une pension, ne seraient plus en état de remplir le service à la mer ; aucune mise à la retraite d'office ne peut être prononcée que sur la proposition du commandant en chef ou des inspecteurs généraux de la marine ou après avis mo-

tivé de la commission de classement ». Or, il résulte de l'ensemble d'un décret du 20 juillet 1895, que la commission de classement du deuxième degré ne peut statuer que sur les titres des officiers, à l'égard desquels la commission du premier degré s'est préalablement prononcée. Le Conseil d'État a annulé la décision mettant un officier de marine à la retraite d'office sur l'avis de la commission de deuxième degré seulement, et sans que la commission de premier degré ait été au préalable consultée (1).

#### § 4. — Officiers de réserve et Sous-Officiers.

Nous avons vu qu'à côté des officiers de l'armée active, il y avait les officiers de la réserve et de la territoriale dont l'état était réglé par des décrets spéciaux du 31 août 1878 et du 3 février 1880.

L'état de ces officiers consiste également dans la propriété du grade, mais les cas de perte du grade sont plus nombreux que pour les officiers de l'armée active. On comprend très bien, en effet, que ces officiers soient moins protégés; ils ont conquis moins péniblement leurs grades et ils ne consacrent pas tout leur temps à la défense du pays. Ils exercent dans la société des professions qui les font vivre. A la liste des cas de perte du grade de la loi de 1834, il faut ajouter pour eux, la radiation des cadres et la destitution. Ils sont rayés des cadres, si à l'expiration du temps

(1) Cons. d'Ét., 24 févr. 1899, Viaud, dit Pierre Loti. Voir journal *La Loi* du 3 mars 1899.

de service exigé par la loi de recrutement, ils n'ont pas demandé au Ministre de la guerre et obtenu de lui le maintien dans les cadres. Ils sont révoqués de plein droit en cas de faillite ou de destitution de la charge d'officier ministériel. Dans d'autres cas assez nombreux, il faut l'avis conforme d'une commission d'enquête comme pour la mise en réforme des officiers de l'active.

Nous ne voulons pas insister sur la situation de ces officiers qui à raison de l'intermittence de leur service ne peuvent être considérés comme de véritables fonctionnaires, d'après la définition donnée au début de notre étude.

Signalons encore pour être complet, les garanties données aux sous-officiers rengagés. Ces garanties ont été étendues aux commissionnés de tous grades, sous-officiers, caporaux et soldats par les lois qui se sont succédées depuis la loi du 15 mars 1875 sur les cadres et les effectifs de l'armée. Elles ont été consacrées à nouveau par la loi du 13 juillet 1894, d'après laquelle « la révocation ou la cassation d'un sous-officier rengagé, la mise à la retraite d'office ou la révocation du sous-officier commissionné sont prononcées par le ministre ou par le général commandant le corps d'armée, d'après l'avis d'un conseil d'enquête. La mise à la retraite d'office, ou la révocation des caporaux, brigadiers et soldats commissionnés, sont prononcées par la même autorité, d'après l'avis d'un conseil de discipline ». « Le Conseil d'État dit M. Laferrière <sup>(1)</sup>, est ainsi devenu juge à l'é-

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, p. 240.

gard de ces militaires, comme à l'égard des officiers, des questions de légalité que peut soulever leur mise à la retraite d'office ».

## SECTION II

### **INGÉNIEURS DES PONTS ET CHAUSSÉES ET DES MINES.**

Depuis Colbert, les gouvernements qui se sont succédés ont travaillé à l'organisation d'un corps d'élite, chargé de la direction des grands travaux publics. Ils ont exigé des ingénieurs des ponts et chaussées et des Mines, une science profonde et éprouvée. Ces ingénieurs se recrutent actuellement parmi les premiers élèves de l'École polytechnique, qui doivent passer plusieurs années dans des écoles spéciales pour acquérir les connaissances techniques. Afin de compenser leurs longs travaux et la modicité de leur traitement, il fallait leur assurer au moins la sécurité de leurs fonctions. On leur a donné un état comportant des garanties pour l'avancement et contre les révocations arbitraires. Ils sont du nombre des privilégiés qui ne peuvent être révoqués que conformément à l'avis d'un conseil spécial.

Leur situation se rapproche beaucoup de celle des officiers.

Aux termes du décret de 1851 le corps des Ingénieurs comprend quatre grades : inspecteur général, ingénieur en chef, ingénieur ordinaire, et élève-ingénieur. Chacun des trois premiers grades comporte un certain nombre de classes correspondant à des différences de traitements.

Comme dans l'armée, les ingénieurs sont certains de ne pas voir nommer aux grades supérieurs, des personnes qui n'auraient pas passé par la filière des emplois inférieurs : Il faut deux ans du grade d'ingénieur ordinaire de première classe, pour être promu ingénieur en chef de deuxième classe, et à partir de ce grade, il faut trois ans de service au moins, en qualité d'inspecteur de deuxième classe pour arriver à la première classe.

Remarquons que la nomination aux grades, a lieu par décret du chef de l'État, les avancements de classe, ont lieu par décisions du Ministre.

Toujours comme pour les officiers, il est dressé un tableau d'avancement au choix. D'après le décret du 21 octobre 1876 modifié par celui du 2 janvier 1878, ce tableau est dressé chaque année, au mois de janvier, sur les propositions des inspecteurs généraux de deuxième classe, par les inspecteurs généraux de première classe, réunis sous la présidence du Ministre.

Au point de vue de l'emploi, les ingénieurs des ponts et chaussées et des mines peuvent aussi se trouver dans diverses positions.

Un décret récent du 19 juillet 1897 s'est occupé de ces positions de l'ingénieur qui sont les suivantes : 1° l'activité ; 2° la disponibilité ; 3° le congé illimité ; 4° le retrait d'emploi.

*La disponibilité* est prononcée d'office par le Ministre, par défaut d'emploi ou pour cause de maladie et d'infirmités temporaires entraînant cessation de travail pendant

plus de trois mois. L'ingénieur en disponibilité peut obtenir les deux tiers de son traitement, en cas de défaut d'emploi; il n'a droit qu'à la moitié, en cas de maladie ou d'infirmités temporaires (art. 18).

*Le congé illimité* est accordé, dans un intérêt public, par le Ministre aux ingénieurs qui demandent à se retirer temporairement du service de l'État, pour entrer, soit en France, dans des compagnies chargées de services publics pour l'État, les départements ou les communes, ou dans les compagnies minières, soit à l'étranger, dans des compagnies analogues, avec l'autorisation spéciale du Ministre des affaires étrangères.

L'ingénieur en congé illimité, ne reçoit aucun traitement. Il conserve, mais seulement pendant cinq ans, ses droits à l'avancement et à la retraite, à charge d'effectuer les versements prescrits, à titre de retenue, par les lois et règlements, sur la totalité du traitement et des allocations qu'il touche de la compagnie à laquelle il est attaché.

Après cinq ans, l'ingénieur en congé illimité est maintenu sur les cadres, mais le temps qu'il continue à passer en dehors du service de l'État, ne lui compte ni pour l'avancement, ni pour la retraite. Pendant tout ce temps, il ne fait plus de versements; il ne peut plus être promu à un grade ou à une classe supérieure.

*Le retrait d'emploi* est prononcé par le Ministre comme mesure disciplinaire; l'ingénieur en retrait d'emploi pour cette cause n'a pas droit à un traitement; il ne peut conserver, si le Ministre y consent par une faveur spéciale,

que les deux cinquièmes de son traitement d'activité, sans accessoires. Ses droits à l'avancement sont suspendus, il conserve ses droits à la retraite.

Il y a pour les ingénieurs une limite d'âge, passé laquelle ils sont nécessairement mis à la retraite. Elle est de 60 ans pour les ingénieurs ordinaires, de 62 ans pour les ingénieurs en chef, de 65 ans pour les inspecteurs généraux de 2<sup>e</sup> classe et de 70 ans pour ceux de la 1<sup>re</sup> classe.

La révocation ne peut être prononcée que par le Président de la République, sur la proposition du Ministre et de l'avis du Conseil général des ponts et chaussées ou des mines, suivant les cas <sup>(1)</sup>.

Ces conseils composés d'inspecteurs et d'ingénieurs présentent toutes les garanties désirables. L'avis qu'ils donnent, est un véritable jugement, la révocation n'est possible qu'autant que le conseil ne s'y oppose pas. Le décret qui révoque n'est que l'exécution pure et simple de la décision du conseil. Comme on dit dans la langue administrative, *l'avis doit être conforme* <sup>(2)</sup>. C'est cette conformité de l'avis, qui donne toute sa force aux garanties de stabilité dont sont investis les ingénieurs.

(1) Décret du 13 oct. 1851, art. 25 et décret du 24 déc. 1851.

(2) Aucoc, *Conférences sur l'administration*, 2<sup>e</sup> éd., t. II, p. 73.

---

## CHAPITRE IV

### DES OFFICIERS MINISTÉRIELS (1)

---

Ils nous faut maintenant examiner la situation toute particulière faite aux officiers ministériels par l'article 91 de la loi du 28 avril 1816, qui les rend propriétaires de leurs charges.

#### § 1. — Motifs qui ont fait reconnaître aux Officiers ministériels la propriété de leurs charges.

Les raisons qui ont motivé la loi de 1816 sont d'ordre tout à fait contingent.

M. Jeannest-Saint-Hilaire, partant de cette idée, que les

(1) Dans le sens large où nous avons entendu le mot fonctionnaire, nous pensons qu'il n'y a aucune difficulté à considérer les officiers ministériels comme des fonctionnaires publics. Ils participent tous à des services publics, service de la justice principalement. Les notaires et les greffiers, qui donnent l'authenticité aux actes ont même une délégation de la puissance publique.

anciens « ministres de justice » de la monarchie n'avaient reçu en échange de leurs offices que des assignats, pense que la loi du 28 avril 1816, consacrant la vénalité des offices ministériels, « fut l'acquit d'une dette d'honneur de la vieille monarchie. Louis XVIII ne devait-il pas à ses ancêtres, de restituer les offices dont ils avaient touché le prix? N'était-ce pas pour lui d'une bonne politique de réparer le tort que la République avait causé? L'essence de son gouvernement était de ramener la nation au culte du passé; le Consulat et l'Empire avaient restitué aux émigrés ceux de leurs biens que la République n'avait pu vendre, la Restauration pouvait bien se croire obligée à la restitution des offices » (1).

M. Dard dans son *Traité des offices*, affirme que la concession faite aux officiers ministériels « fut tout à la fois une mesure financière nécessitée par les besoins du Trésor et une mesure politique, tendant à la fixation et à la conservation des offices dans les familles qui en étaient alors en possession » (2).

Nous ne voulons pas mettre en doute ces raisons politiques, mais nous croyons qu'elles étaient tout à fait secondaires. L'article 94 de la loi de 1816 a été surtout motivé, par le mauvais état des finances au début de la Restauration. Le taux de la rente était très bas, et il fallait se procurer de l'argent pour payer des indemnités aux alliés qui

(1) Jeannest-Saint-Hilaire, *Du notariat*, p. 96.

(2) Dard, *Traité des offices*, p. 321.

avaient envahi la France. Comme expédient financier, on imagina d'augmenter le cautionnement à verser par les officiers ministériels, et en échange de ce sacrifice on leur accorda la propriété de leurs charges.

La loi de 1816 ne constituait pas d'ailleurs une grande innovation, elle était préparée par une pratique antérieure.

Les officiers ministériels avaient pris l'habitude de vendre leur clientèle en présentant leurs successeurs, et ordinairement le sujet présenté était agréé et commissionné. De plus les lois du 29 septembre, 6 octobre 1791 et celle du 25 ventôse an XI, sans donner aux notaires aucune influence directe sur le choix de leurs successeurs, leur avaient pourtant reconnu le droit absolu de disposer des minutes et de faire des conventions au sujet de leurs recouvrements.

## § 2. — A qui s'applique la loi du 28 Avril 1816.

Les fonctions publiques auxquelles est attaché le droit de présentation sont limitativement déterminées par l'article 91 de la loi de 1816. Elles comprennent :

- 1° Les avocats au Conseil d'État et à la Cour de cassation ;
- 2° Les notaires ;
- 3° Les avoués ;
- 4° Les greffiers, mais seulement les greffiers près les tribunaux judiciaires, ce qui exclut du nombre des officiers ministériels ayant le droit de présenter leurs successeurs, les fonctionnaires exerçant les fonctions de greffiers

auprès des juridictions administratives, comme le greffier en chef de la Cour des comptes, et les secrétaires-greffiers des conseils de préfecture <sup>(1)</sup> ;

5° Les huissiers, le titre d'huissier peut seul être transmis par voie de présentation, il n'en est pas de même de celui d'audiencier qui est donné à certains huissiers, chargés par les magistrats de faire le service des audiences ; ce titre est personnel et révocable et ne peut faire l'objet d'aucun droit transmissible avec la charge de celui qui en est titulaire <sup>(2)</sup> ;

6° Les agents de change ;

7° Les courtiers autres que les courtiers de marchandises. L'article 91 de la loi de 1816 comprenait parmi les officiers ayant le droit de présentation tous les courtiers, mais une loi du 18 juillet 1866 ayant supprimé les offices de courtiers de commerce et ayant rendu libre leur profession, les courtiers d'assurances et les courtiers interprètes et conducteurs de navires sont aujourd'hui les seuls qui soient pourvus d'offices transmissibles par voie de présentation <sup>(3)</sup> ;

8° Les commissaires-priseurs.

Une loi du 19 mai 1849 (art. 9) a étendu les dispositions de l'article 91 de la loi de 1816 aux colonies de la Martinique, de la Guadeloupe et dépendances, de l'île de la Réunion et de la Guyane française, pour les charges de

(1) Perriquet, *Offices ministériels*, p. 194.

(2) Perriquet, *id.*

(3) Perriquet, *id.*, p. 193.

notaires, avoués, huissiers, courtiers et commissaires-pri-seurs. Il n'est question dans cette loi ni des agents de change ni des greffiers. Mais il faut ici comprendre les agents de change sous la dénomination de courtiers, ces derniers faisant aux colonies fonctions d'agents de change. Quant aux greffiers, le silence de la loi a pour objet de les exclure du nombre des officiers ayant le droit de présentation <sup>(1)</sup>.

La loi du 19 mai 1849 n'ayant étendu le bénéfice de l'article 91 de la loi de 1816 qu'à certaines colonies, on en conclut que le bénéfice des dispositions de cet article ne peut pas être invoqué par les officiers ministériels des colonies non comprises dans l'énumération de la loi de 1849 <sup>(2)</sup>.

### § 3. — En quoi consiste exactement la propriété de la charge.

La propriété de l'officier ministériel ne porte pas sur l'office lui-même, mais sur ce qu'on appelle la finance de l'office, c'est-à-dire sur le droit de percevoir des taxes d'après certains tarifs. Ce droit, il le vend à son successeur en exigeant de lui le prix de la présentation à l'agrément du gouvernement; il le transmet à ses héritiers.

Dans cette mesure, il s'agit d'une véritable propriété d'après l'opinion généralement admise <sup>(3)</sup>. Plusieurs fois

(1) Perriquet, *id.*, p. 194.

(2) Perriquet, *id.*, p. 195.

(3) Perriquet, *id.*, p. 211 ; Duvergier, *Revue Félix*, t. 7, p. 323.

cependant, les juges, s'appuyant sur les termes d'une circulaire du Garde des sceaux du 21 février 1817, ont refusé de reconnaître cette propriété; mais cette interprétation du texte de l'article 91 n'a point prévalu; elle a été condamnée par les dispositions des lois de finances de 1832 et de 1844, soumettant la transmission des offices à des droit de mutation, et par l'assemblée nationale de 1848, qui déclara que l'article de la constitution « *la propriété est inviolable* » devait s'appliquer à la propriété des offices.

#### § 4. — Révocation et destitution.

La propriété de la finance de l'office n'assurerait pas par elle-même, la stabilité de l'officier ministériel, si le gouvernement pouvait le priver de son titre, par la révocation. Nous pensons, avec M. Perriquet et la majorité des auteurs, que la révocation à la volonté du gouvernement, ne s'applique pas aux officiers ministériels. Ils peuvent seulement être frappés par la destitution, qui n'est qu'une peine disciplinaire, devant comme telle, être entourée de garanties spéciales. Le gouvernement ne pourra prononcer la destitution que dans certaines conditions déterminées.

Pour que la destitution soit prononcée : 1° il faut qu'une faute contre les règles professionnelles ou contre les principes d'honneur et de délicatesse, soit relevée à la charge de l'officier que l'on veut priver de son office <sup>(1)</sup>. C'est là en

(1) Réquisitoire de M. le procureur du roi, Flandin (D. 35. 1. 281). Perriquet, p. 497 et 498.

effet le trait caractéristique d'une peine disciplinaire. 2° il faut qu'une poursuite disciplinaire ait été intentée devant les tribunaux à raison des faits reprochés à l'officier ministériel et que cette poursuite ait abouti à la prononciation d'une peine (1).

Lorsque ces deux conditions sont remplies c'est en général le chef de l'État qui prononce la destitution. Il en est ainsi pour les avoués, huissiers et commissaires-priseurs, mais les notaires ne peuvent être destitués que par jugement (2). A l'égard des agents de change, courtiers et greffiers le droit de destitution du chef de l'État existe à côté du droit de destitution par jugement.

On s'est demandé si dans le cas où la destitution est prononcée par le chef de l'État, les deux conditions que nous avons indiquées sont suffisantes, ou s'il ne faut pas en outre l'avis conforme du tribunal. Dans cette dernière opinion, la destitution devrait toujours être provoquée par le tribunal, mais dans le cas où c'est au chef de l'État qu'il appartient de la prononcer, il resterait libre d'user ou de ne pas user de son droit. On invoque à l'appui de cette solution, les principes admis dans l'ancien droit, où la déchéance ne résultait que d'un jugement, et on fait remarquer que ces principes ont été consacrés pour les notaires, par la loi du 25 ventôse an XI. On tire en outre argument des dispositions de l'article 102 du décret du 30 mars 1808,

(1) *Perriquet*, p. 499, *Cass.*, 11 avr. 1835 (D. 35. 1. 281), Paris, 27 mai 1837 (D. 37. 2. 165).

(2) *Loi* du 25 ventôse, an XI, art. 53.

qui donne compétence aux tribunaux pour provoquer la destitution des officiers ministériels s'il y a lieu <sup>(1)</sup>.

Dans l'opinion contraire, d'après laquelle le chef de l'État peut prononcer la destitution *proprio motu*, sans que l'avis conforme du tribunal soit nécessaire, on répond que la vénalité des offices n'a pas été rétablie telle qu'elle existait sous l'ancien régime, et qu'on ne saurait par conséquent invoquer ces principes; que pour les notaires il a fallu une loi formelle; et enfin que si l'art. 102 du décret du 30 mars 1808, donne compétence aux tribunaux pour provoquer la destitution des officiers ministériels, il n'enlève pas au chef de l'État le droit de prononcer cette destitution <sup>(2)</sup>. Nous pensons que ces arguments sont décisifs, et que l'avis conforme du tribunal, n'est pas nécessaire. Les deux premières conditions sont suffisantes.

Le Conseil d'État n'a même pas admis que la destitution prononcée sans l'accomplissement de ces conditions puisse donner ouverture à un recours pour excès de pouvoir <sup>(3)</sup>.

Cependant, du moment que l'on reconnaît la nécessité de ces conditions, nous serions d'avis avec M. Perriquet d'admettre le recours pour excès de pouvoir en cas d'irrégularité <sup>(4)</sup>.

(1) Perriquet, p. 500.

(2) Dard, p. 135 et suiv.

(3) Cons. d'Ét., 20 déc. 1833 (S. 34. 2. 60); 26 juill. 1837 (D. 39. 2. 23); 9 avr. 1849 (S. 49. 2. 441); 8 avr. 1858 (S. 59. 2. 120).

(4) Perriquet, p. 516.

Les officiers ministériels sont donc à l'abri des révocations arbitraires puisque la destitution, qui seule puisse être prononcée contre eux, est soumise à la double condition de faute et de poursuite disciplinaire.

Les greffiers sont cependant en dehors de la règle. La loi du 27 ventôse an VIII (art. 92) dit, en effet, qu'ils seront « nommés par le premier consul, qui pourra les révoquer à volonté ». Le gouvernement peut les priver arbitrairement de leurs fonctions. Ils n'ont comme garantie que la propriété de la finance de leur charge. Cette propriété, le gouvernement ne peut la leur enlever à volonté, comme il leur retire leur fonction. Même au cas de révocation, on leur reconnaît le droit de présenter leur successeur.

Mais ce droit de révocation arbitraire n'exclut pas à leur égard, le droit de destitution à titre de peine disciplinaire. La destitution se distingue nettement de la révocation dans ses effets. Elle ne laisse pas intacte la propriété de la finance ; l'officier ministériel destitué (greffier ou autre) perd le droit de présenter son successeur.

Pour corriger ce que cette mesure pourrait avoir de trop dur, l'administration en désignant le successeur lui fait en général verser à la Caisse des dépôts et consignations une somme, qui est remise à titre d'indemnité à l'officier ministériel destitué.

En résumé, la position de l'officier ministériel est une de celles qui réunit les garanties les plus sérieuses. Le plus souvent la destitution n'est même pas prononcée.

L'officier ministériel est traduit disciplinairement en chambre du conseil, il est entendu dans sa défense et s'il est reconnu coupable, il n'est pas destitué, mais invité à se démettre de sa charge et à présenter son successeur.

---

## CHAPITRE V

### DES RÉFORMES UTILES

---

Nous avons analysé la situation des quelques fonctionnaires auxquels le législateur a constitué un état. Ces privilégiés eux-mêmes ne sont pas tous également garantis. C'est le moment de nous demander, d'une part si l'état des moins bien partagés d'entre eux ne devrait pas être complété; d'autre part, il n'y aurait pas lieu d'étendre à tous les fonctionnaires de gestion des garanties de stabilité et d'avancement.

#### SECTION I

##### **DES RÉFORMES A APPORTER DANS L'ÉTAT DES MAGISTRATS ET DES PROFESSEURS.**

###### **§ 1. — Réformes dans l'état des magistrats.**

Nous avons vu investir le magistrat de l'inamovibilité pour consacrer la séparation du pouvoir judiciaire et du

pouvoir exécutif, ou tout au moins pour assurer l'indépendance du juge. Le magistrat est certainement le fonctionnaire qui a le plus besoin de garanties, et de tous ceux que nous avons étudiés, c'est celui qui en a le moins. Il est bien à l'abri des révocations arbitraires, il est certain de conserver son siège, et à cet égard il échappe à l'action du pouvoir exécutif, mais il n'a aucune garantie pour l'avancement dans sa carrière hiérarchisée. Des personnes n'ayant jamais appartenu à la magistrature, peuvent d'un coup, franchir tous les degrés de la hiérarchie, tandis que l'importance ou la durée des services, ne constituent pas un droit à l'avancement. Le magistrat qui n'aura pas craint de déplaire au pouvoir, en manifestant son indépendance ne pourra pas être révoqué, mais il pourra être privé de tout avancement. Dans ces conditions l'inamovibilité n'est qu'un mirage. En hiérarchisant les fonctions judiciaires, et en donnant au gouvernement, le pouvoir arbitraire de nomination, on reprend d'une main les garanties que l'on déclare donner de l'autre. Si la certitude de ne pouvoir être révoqué, soustrait le juge à l'influence du gouvernement, le désir bien légitime d'un avancement rapide, l'y fait retomber complètement, et annihile l'effet bienfaisant de l'inamovibilité.

« A-t-on assez fait, dit Cherbuliez <sup>(1)</sup>, en rendant les juges inamovibles, là où ils sont nommés par le Corps exécutif, et où l'organisation judiciaire établit plusieurs

(1) Cherbuliez, *Théorie des garanties constitutionnelles*, t. II, p. 244.

degrés de juridiction? Non, sans doute, car alors le Corps exécutif, s'il n'a pas le moyen de punir, a celui de récompenser. La promovibilité est entre ses mains, un moyen d'influence tout aussi efficace, et par conséquent tout aussi dangereux, que l'inamovibilité, surtout si c'est une promovibilité arbitraire, qui peut faire d'un simple juge de paix un président de la Cour de cassation, c'est-à-dire, élever un citoyen du rang le plus infime des fonctionnaires, à l'un des postes les plus éminents ».

Par quel moyen combler cette lacune? Le droit à l'avancement par ancienneté nous semble convenir assez peu aux fonctions de magistrat, pour lesquelles une longue durée de service ne peut remplacer l'intelligence des affaires et la science profonde du droit. Cependant, en réservant au choix, les emplois supérieurs de présidents de tribunaux de première instance et de conseillers de cour d'appel, ne pourrait-on pas introduire le droit à l'avancement par ancienneté par le passage des juges d'une classe de tribunaux à une autre? Il serait dans tous les cas possible de dresser des tableaux d'avancement au choix. Un certain nombre de magistrats de cour d'appel par exemple, se réuniraient tous les ans, pour porter sur la liste d'avancement les magistrats qui se signaleraient par leur travail ou leur mérite. Ce serait ce que nous avons vu faire pour les professeurs, les officiers et les ingénieurs. Il faudrait aussi exiger pour la nomination à un emploi supérieur un certain temps passé dans l'emploi immédiatement inférieur.

Mais, objectera-t-on, il va être ainsi impossible de faire profiter la magistrature de l'expérience d'avocats ou d'hommes de loi qui se sont signalés dans l'exercice de leur profession. Ces personnes ont une grande pratique des affaires, et il est bon de leur réserver une place à côté des magistrats de carrière.

Notre système ne s'y oppose pas. Il suffira de réglementer les conditions de nomination de ces personnes étrangères à la magistrature. On pourra d'abord limiter le nombre de sièges, qui seront ainsi attribués, et pour tout le reste conserver le système d'avancement régulier; indiquer les professions qui conduiront indirectement à la magistrature (donner par exemple cet avantage aux seuls anciens avocats, avoués et notaires). Exiger un certain nombre d'années d'exercice de ces professions, variant avec l'importance du siège.

L'attention du législateur a déjà été attirée sur ces réformes nécessaires. La dernière proposition de loi dans ce sens a été déposée à la Chambre le 6 décembre 1898, elle a pour objet de régler les conditions de nomination et d'avancement dans la magistrature. L'exposé des motifs est ainsi conçu : « On a plus d'une fois déploré l'abus qui fait des fonctions publiques la proie des sollicitations les plus pressantes, et les plus chaudement appuyées. Mais si ce mal est grand, c'est surtout lorsqu'il s'agit des charges de la magistrature, et que les magistrats, de crainte d'être victimes d'injustices ou de passe-droits, se voient obligés, au risque de compromettre leur indépendance et la di-

gnité de leur caractère, d'envahir les couloirs du parlement et les antichambres du ministère.

Le remède qui se présente naturellement à l'esprit est l'établissement, pour la magistrature, comme pour l'armée, d'un avancement hiérarchique, basé sur les mérites du magistrat, et réglé par une Commission dont la composition présente pour le corps judiciaire les plus sérieuses garanties de compétence et d'impartialité. »

Le projet de loi décide (art. 9) que « les juges de paix et les magistrats des cours et tribunaux, ne pourront être l'objet d'un avancement de classe, ni promus à un emploi supérieur à celui qu'ils occupent dans l'ordre judiciaire, sans avoir été préalablement inscrits pour ce poste, au tableau d'avancement ». Exception est faite seulement par nécessité absolue, pour un très petit nombre de magistrats, chefs de service, dont les hautes fonctions présentent un caractère non seulement judiciaire mais administratif, et qui doivent recevoir directement leur institution de la confiance gouvernementale. Ce sont : le premier président de la Cour de cassation ; le Procureur général près la Cour de cassation ; le premier président d'une Cour d'appel ; le Procureur général près d'une Cour d'appel ; le président du tribunal de la Seine ; le procureur de la République près le tribunal de la Seine.

« Le tableau d'avancement sera dressé, chaque année, par une commission composée de sept membres, savoir : le premier président de la Cour de cassation, président ; le procureur général près la même Cour ; deux premiers

présidents et deux procureurs généraux près les cours d'appel, désignés par le Ministre de la justice ; le directeur du personnel au ministère de la justice » (art. 10).

« Le travail de la commission de classement s'effectuera sur les propositions des premiers présidents et procureurs généraux des divers ressorts » (art. 11, § 1).

Le même projet qui assure ainsi aux magistrats une position plus stable et leur donne plus d'indépendance, exige d'eux des preuves sérieuses de savoir. Il propose de mettre au concours les sièges de juge suppléant.

Il fait également une place pour les personnes étrangères à la magistrature. L'article 8 dispose : « Seront dispensés toutefois des épreuves du concours, et pourront, après avis de la commission de classement instituée ci-après, être nommés à un emploi rétribué de la magistrature sous les seules conditions d'âge et de stage au barreau prévues par la présente loi, les professeurs, agrégés, et chargés de cours des Facultés de droit, les anciens magistrats des cours et tribunaux qui solliciteraient leur réintégration, les juges de paix, licenciés en droit, après dix ans de fonctions, les avocats, avoués, notaires et fonctionnaires du ministère de la justice, également licenciés en droit, après dix ans d'exercice ».

Il serait souhaitable dans l'intérêt de l'indépendance de la justice de voir voter ce projet, mais il est à craindre que l'état de choses actuel ne subsiste encore longtemps.

§ 2. — Réformes en ce qui concerne les instituteurs primaires.

Nous avons constaté que le législateur qui ne marchandait pas les garanties aux professeurs de l'enseignement supérieur et de l'enseignement secondaire, se montrait au contraire très avare envers les instituteurs primaires. Il est déplorable de voir ces humbles serviteurs à la merci d'un Préfet, qui pour les déplacements et les révocations, examine plutôt les opinions politiques, que le mérite et les convenances.

Il n'en a pas toujours été ainsi : à une certaine époque les instituteurs ont joui d'une véritable inamovibilité. Sous l'empire de la loi du 28 juin 1833, ils étaient nommés par un comité d'arrondissement, sur la présentation du conseil municipal de la commune; ils étaient institués par le Ministre de l'instruction publique. Une fois nommés, ils ne pouvaient plus perdre leurs fonctions que s'ils se rendaient coupables de négligence habituelle ou de faute grave. La peine de la révocation était prononcée par le même comité d'arrondissement qui les avait nommés, et l'instituteur révoqué pouvait aux termes de l'article 23 de la loi, se pourvoir devant le Ministre en conseil de l'instruction publique.

En vertu de cette législation l'instituteur primaire, comme les professeurs de l'enseignement supérieur et secondaire aujourd'hui, ne pouvait pas être déplacé, et,

pour le révoquer, il fallait des griefs légalement établis, et, comme l'a dit M. Beugnot dans la discussion de la loi du 11 janvier 1850, « toutes les solennités d'un jugement sujet à appel ». Aussi est-ce à bon droit que le conseil royal de l'Université, dans un avis du 1<sup>er</sup> janvier 1835, a pu poser en principe que l'instituteur est inamovible, sauf le cas où il y a faute et jugement ».

Après 1848, on prétendit que les instituteurs primaires s'étaient fait partout les propagateurs des doctrines socialistes, et qu'il était nécessaire de les replacer sous la dépendance de l'administration. On n'attendit même pas le vote de la loi du 15 mars 1850 sur l'instruction publique, qui était alors en préparation. Le Ministre de l'instruction publique proposa à l'assemblée législative l'adoption d'une loi transitoire, qui fut la loi du 11 janvier 1850, en vertu de laquelle les instituteurs étaient placés sous la surveillance des préfets, auxquels étaient conférés tous les pouvoirs que s'étaient partagés jusque-là le conseil municipal, le comité communal et le comité d'arrondissement. Le préfet pouvait suspendre et révoquer les instituteurs.

Trois mois après, la célèbre loi du 15 mars 1850 laissait au conseil municipal de chaque commune, le soin de nommer les instituteurs, et pour la révocation remettait au recteur les droits du préfet (art. 33). L'art. 4 du décret du 9 mars 1852 dépouille le conseil municipal de son droit de nomination au profit du recteur.

Le recteur fonctionnaire de l'instruction publique avait ainsi tous les pouvoirs sur les instituteurs; la loi du 14 juin

1854 les a transmis au préfet fonctionnaire politique, et la loi du 30 octobre 1886 encore en vigueur l'a confirmée.

En somme, depuis le 11 janvier 1850, les instituteurs primaires, placés tantôt sous la direction du recteur, tantôt sous celle du préfet ont perdu toutes leurs garanties. Il serait temps de régler leur situation et de leur assurer plus de stabilité.

La première chose à faire serait d'enlever au préfet les pouvoirs qu'il possède sur les instituteurs pour les remettre au recteur. Le préfet n'est pas, en effet, au courant des méthodes de l'enseignement primaire, de ses exigences et de ses coutumes, c'est un fonctionnaire trop politique. Le recteur, au contraire, est un membre de l'enseignement, qui sait mieux apprécier les mérites et les qualités d'un instituteur.

« Contradiction brutale, affirmait M. Bardoux parlant au Sénat, dans la séance du 16 février 1886, contradiction manifeste, lorsqu'on voit les inspecteurs d'académie et les inspecteurs primaires, chargés de surveiller les méthodes et de faire appliquer les programmes, nommés par l'Université, et que d'autre part, on voit l'instituteur, qui est sous les ordres et la surveillance de ces inspecteurs, pour toutes les questions scolaires, nommé par un fonctionnaire, souvent incompetent, qui ne connaît pas les méthodes, qui n'est pas chargé de la direction des études, et qui n'est qu'un agent politique. »

La presse universitaire et la plupart des personnes qui s'occupent de ces questions, reconnaissent la nécessité

d'une réforme <sup>(1)</sup>. Le 6 décembre 1898 une proposition de loi était déposée dans ce sens et renvoyée à la Commission de l'enseignement. Elle confie la nomination et le déplacement des instituteurs et institutrices, non plus au préfet, mais à leurs chefs naturels, l'inspecteur et le recteur d'académie.

Mais il ne faudrait pas se borner à cette réforme, il faudrait aller plus loin, et assurer de réelles garanties aux instituteurs contre les déplacements arbitraires. Nous avons vu que la loi du 30 octobre 1886 ne permet pas la révocation sans un avis préalable du conseil départemental ; la même condition devrait être exigée pour les déplacements d'office qui souvent équivalent à une révocation déguisée. En 1896 une proposition de M. Lavy avait déjà réclamé une garantie pour les changements de résidence. Elle vient d'être reprise, le 13 décembre 1898 dans un projet de loi qui modifie ainsi l'art. 29 de la loi de 1886 : « Le changement de résidence d'une commune à une autre pour nécessité de service, est prononcé par le recteur, sur la proposition de l'inspecteur d'académie. — Le déplacement d'office est prononcé par le recteur, sur la proposition de l'inspecteur d'académie après avis motivé du conseil départemental. Le fonctionnaire intéressé a le droit de comparaître devant le conseil, et d'obtenir préalablement communication des pièces du dossier ».

Cette réforme sans faire revivre l'inamovibilité de la loi de

(1) Vœu émis par la Ligue Française de l'enseignement au congrès de Rennes de 1898.

1833, et sans aller jusqu'à assimiler les garanties des instituteurs à celles des professeurs de l'enseignement supérieur et de l'enseignement secondaire, nous paraît être une mesure dont il faut souhaiter l'adoption prochaine.

## SECTION II

### DE L'ATTRIBUTION D'UN ÉTAT A TOUS LES FONCTIONNAIRES DE GESTION.

Ne faudrait-il pas aller plus avant dans la voie des réformes, et assurer à tous les fonctionnaires de gestion, un état analogue à celui des magistrats, des professeurs, des officiers et des ingénieurs?

Pour les fonctionnaires d'autorité, la question ne peut guère se poser. Ils sont des agents directs du gouvernement qui doit pouvoir les révoquer *ad nutum* sans motiver ses décisions. Nous n'avons pas admis que ces fonctionnaires soient liés par un contrat de louage de services, *a fortiori* devons-nous repousser pour eux, le principe de la garantie d'un état. Ce sont des raisons toutes particulières qui ont fait créer une exception au profit des magistrats et des officiers.

A l'égard des fonctionnaires de gestion, il n'y a pas les mêmes nécessités gouvernementales, et on peut très bien se demander si pour eux les garanties semblables à celles des ingénieurs ne devraient pas être érigées en principe. C'est le système appliqué depuis longtemps en Prusse, et étendu plus récemment dans tout l'Empire d'Allemagne.

En Allemagne, les fonctions politiques dont les titulaires

sont révocables *ad nutum* sont limitativement énumérées et réduites au minimum. Les autres fonctionnaires possèdent des garanties très sérieuses contre la destitution et la mise à la retraite d'office. Sur ce point nous ne pouvons mieux faire que de laisser la parole à M. Kammerer, auteur d'une étude sur la fonction publique en Allemagne.

« Les exceptions à la destitution *ad nutum*, dit-il <sup>(1)</sup>, sont rares en France. En Allemagne, le principe est renversé. C'est la révocabilité qui est l'exception. La règle est qu'un fonctionnaire ne peut être destitué sans raison grave, et, dans ce cas, il est admis à se défendre contre la prétention de l'État.

Ce principe sur lequel on ne saurait assez insister est le plus caractéristique de toute la législation allemande sur les fonctionnaires. Il a une influence capitale sur leur situation et leur assure presque l'inamovibilité; c'est à peine s'ils sont moins bien traités que les magistrats.

Un fonctionnaire ne peut être contraint de cesser ses fonctions que pour incapacité de service, résultant de son état de santé physique ou morale, ou pour une faute professionnelle grave justifiant la destitution. Dans le premier cas, la loi donne au Gouvernement le moyen de se débarrasser d'un fonctionnaire fatigué ou malade, et de rajeunir ainsi les cadres selon les besoins; dans le second elle lui permet d'éliminer les éléments indignes de sa confiance. On concilie de cette façon l'intérêt légitime du fonction-

(1) Krammerer, *La fonction publique en Allemagne*, chap. XI, p. 390.

naire et les besoins non moins légitimes de l'Administration.

La procédure par laquelle un fonctionnaire est contraint de cesser ses fonctions varie selon qu'il s'agit d'infirmités ou de peine disciplinaire. Dans le premier cas, on distingue en outre s'il a déjà ou s'il n'a pas encore acquis le droit à la retraite. S'il a déjà acquis le droit à la retraite, la décision qui le rend à la vie civile ne lui cause pas un tort irréparable, l'État ne se désintéressant pas de lui, et continuant à lui assurer les moyens d'existence, il s'agit ici d'une simple mise à la retraite d'office. Lorsque le fonctionnaire n'a pas droit à la retraite, c'est-à-dire le plus souvent s'il a moins de 40 ans de service, la loi rend son renvoi plus difficile.

Il suffit, quand il s'agit de mettre un fonctionnaire à la retraite d'office, d'une simple enquête administrative, constatant son incapacité de service, mais elle se fait selon des formes rigoureuses, offrant de grandes sécurités au fonctionnaire mis en cause.

Lorsque le fonctionnaire incapable de continuer son service, n'a pas encore droit à la retraite, la procédure est plus compliquée. Elle nécessite un véritable jugement judiciaire, rendu comme s'il s'agissait de la destitution.

La destitution du fonctionnaire à titre de peine pour faute grave contre ses devoirs professionnels, ne peut être prononcée qu'à la suite d'une procédure disciplinaire spéciale, comprenant deux phases : l'enquête préliminaire et le débat judiciaire. L'enquête préliminaire est dirigée par un

fonctionnaire désigné et surveillée par un autre qui remplit le rôle de ministère public. Le débat oral a lieu devant des tribunaux spéciaux, comportant deux instances superposées et composées en majeure partie (au moins les Chambres et la Cour de discipline de l'Empire) par des membres judiciaires. Les débats sont dans la forme ordinaire des débats oraux ; ils comportent un accusateur, un défenseur, un greffier et des témoins qui prêtent serment. Les séances sont publiques d'après la législation de l'Empire. Tel est en Allemagne le système de garantie des fonctionnaires administratifs contre l'État : on voit qu'il est puissamment organisé. Aussi l'indépendance des fonctionnaires n'est-elle nulle part si grande qu'en Allemagne. »

L'introduction de ce système en France aurait pour conséquence d'assurer la stabilité des fonctionnaires avec tous les avantages qui en résultent.

La stabilité des fonctions peut seule donner un corps de fonctionnaires de carrière, zélés, instruits et expérimentés. Si, en effet, toutes les fonctions publiques n'exigent pas des études aussi approfondies que celles de professeur ou d'ingénieur, elles nécessitent du moins certaines connaissances techniques. Tout bon administrateur doit être familiarisé avec les principes du droit administratif et connaître les nombreux rouages du gouvernement du pays. Les comptables, receveurs des finances, trésoriers-payeurs, ont besoin d'être au courant des règles délicates de la comptabilité publique ; le receveur de l'enregistrement doit en plus posséder à fond l'art de rédiger les actes et savoir

défendre les intérêts du fisc ; le statisticien du ministère du commerce, doit être instruit des éléments de l'économie politique, le préposé aux douanes doit être initié aux lois de la physique et de la chimie, pour lui permettre de déjouer les fraudes habilement dissimulées. Cette science administrative ne s'acquiert que par de sérieuses études, et une longue pratique. L'instabilité des fonctions et les changements fréquents ne permettent pas aux fonctionnaires de se l'assimiler.

Les hommes de valeur hésitent à embrasser une carrière d'où le caprice d'un ministre peut les chasser. A quoi bon dès lors, l'établissement d'un concours à l'entrée des diverses fonctions, si la situation précaire du fonctionnaire n'attire que des candidats médiocres ? L'utilité de l'épreuve se trouve bien diminuée en l'absence de garanties contre les révocations arbitraires.

Sans ces garanties, il devient impossible de créer dans l'administration des traditions, et de mettre un esprit de suite dans la direction des services. Les responsabilités s'éparpillent, le successeur ne peut être rendu responsable de celui qui l'a précédé et il est bien difficile d'agir contre ce dernier une fois qu'il n'est plus en fonction.

Enfin ce système de garanties de stabilité, nous semble particulièrement désirable dans un pays parlementaire comme la France où les divers partis politiques se disputent le pouvoir et s'y succèdent fréquemment. Il couperait court à la tendance invincible à tout parti au pouvoir, de faire des fonctions publiques un instrument de règne. Les

partis poursuivent toujours, en effet, le double but d'assurer à la fois l'exécution des services et leur propre domination, et considèrent toute nomination comme un acte de confiance personnelle.

On nous fait observer, il est vrai, que la grande indépendance des fonctionnaires en Allemagne a des inconvénients qui s'accroîtraient encore davantage dans notre pays<sup>(1)</sup>. Si on ne peut forcer le fonctionnaire à faire de la politique pour le gouvernement, par contre on ne peut l'empêcher d'en faire à son détriment. Au Reichstag des fonctionnaires siègent sur les bancs de l'opposition.

Mais rien n'oblige à permettre aux fonctionnaires de se faire élire membres du Parlement. Qu'on leur interdise absolument toute manifestation politique, et l'inconvénient disparaît.

Comment, pourra-t-on nous objecter encore, concilier la quasi-inamovibilité des fonctionnaires avec le principe de la responsabilité ministérielle? Peut-on rendre le ministre responsable de la conduite d'agents qu'il n'a pas le moyen de changer à son gré?

L'objection porterait certainement si nous n'avions pas fait une réserve pour les fonctionnaires d'autorité, et surtout les fonctionnaires à caractère politique : préfets, sous-préfets, gouverneurs de colonie, etc. Ici nous sommes en présence d'organes de la pensée ministérielle, et nous admettons très bien que le gouvernement puisse les changer

(1) Kammerer, *op. cit.*, p. 392.

librement, s'il n'a pas en eux une confiance entière. Mais la marche du gouvernement et la responsabilité ministérielle ne seront pas entravées par l'impossibilité de révoquer sans jugement d'un tribunal de discipline, la multitude des fonctionnaires de gestion. Leurs fonctions n'impliquent aucune solidarité de pensée, aucune communauté de vue entre ceux qui les exercent, et les dépositaires suprêmes du pouvoir. Au contraire, les exigences de la loi préserveraient plutôt les ministres qu'elles ne les gêneraient.

Nous ne croyons pas qu'il ait jamais été déposé de projets de loi tendant à introduire cette réforme, mais de nombreuses propositions ont été faites pour réclamer un avancement régulier dans les fonctions publiques.

Dans la séance de la Chambre du 6 février 1845 M. Dufaure après un remarquable discours exposait un projet de loi soumettant à deux conditions l'avancement dans les fonctions publiques : 1° avoir rempli pendant un temps déterminé le grade immédiatement inférieur ou un emploi équivalent; 2° être porté sur une liste de présentation ou un tableau d'avancement, ou avoir subi soit un examen, soit quelque autre épreuve spéciale. Mais les exceptions atténuaient la rigueur du principe; elles étaient partielles pour les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, les conservateurs, gardes et employés des bibliothèques ou archives du royaume, les préfets, les receveurs généraux et les receveurs particuliers qui pouvaient être nommés pour un cinquième en dehors des règles prescrites; générales pour

les ministres plénipotentiaires, le gouverneur général de l'Algérie, les sous-secrétaires d'État, les secrétaires généraux des ministères et le préfet de police à qui ne s'appliquaient pas les dispositions de la loi.

Après discussion le projet fut repoussé par 157 voix contre 156.

De 1848 à 1850 un certain nombre de propositions furent faites dans le même ordre d'idées. Le 15 novembre 1848, M. Mortimer-Ternaux présentait un projet de loi sur le mode d'admission et d'avancement dans les fonctions publiques et concluait son rapport en ces termes : « L'emploi n'est dû qu'au mérite, l'avancement n'est dû qu'au travail ».

Le projet fut renvoyé à une nouvelle commission dont le rapporteur proposait de donner l'avancement à l'ancienneté ou au choix ; le premier mode applicable surtout aux agents inférieurs, le deuxième garanti par un tableau d'avancement ou un concours entre les fonctionnaires du même grade pour le grade supérieur. Le 4 août et les 5 et 12 octobre 1849, la proposition revient à la chambre. Enfin, elle reparait les 13, 14, et 27 juin 1850 pour aboutir à la loi du 5 juillet 1850 qui ne résolvait pas la question mais l'éluait en imposant au gouvernement l'obligation de déterminer par des règlements d'administration publique, les conditions d'admission et d'avancement dans les services publics, où ces conditions ne sont pas réglées par une loi.

Comme bien on pense cette loi ne fut pas exécutée et dans la séance du 27 novembre 1872 de l'Assemblée na-

tionale M. Jozon annonçait le dépôt « d'un projet de loi qui, disait-il, serait en quelque sorte une loi sur l'état des employés, analogue, sauf les différences nécessaires, à la loi sur l'état des officiers ».

Le grand argument mis en avant par les adversaires de ces projets de loi était tiré de la responsabilité ministérielle. Nous avons déjà dit qu'il était sans valeur pour ce qui concerne les fonctionnaires de gestion. La véritable raison est que le gouvernement veut conserver la faveur comme moyen de domination.

Malgré ces tentatives répétées et d'autres sans doute encore qui nous ont échappé, nous en sommes encore à attendre une loi sur les fonctionnaires. Cette loi devrait non seulement s'occuper d'assurer l'avancement régulier, mais donner aussi des garanties contre les révocations arbitraires. Après avoir établi des règles sur l'admission et l'avancement dans les emplois publics, il ne faut pas, comme les projets de loi précédemment exposés, négliger d'en garantir la légitime conservation aux titulaires qui n'ont pas démérité.

*Vu par le président de la thèse,*  
M. BERTHÉLEMY.

*Vu par le doyen,*  
GLASSON.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :  
*Le Vice-recteur de l'Académie de Paris,*  
GRÉARD.



# TABLE

---

|                   | Pages. |
|-------------------|--------|
| INTRODUCTION..... | 1      |

## CHAPITRE I

|                                                                                           |   |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|---|
| Situation normale du fonctionnaire au point de<br>vue de la stabilité de la fonction..... | 9 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|---|

## CHAPITRE II

|                                                                                                       |    |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| De l'inaMOVibilité des magistrats et des profes-<br>seurs établie pour assurer leur indépendance..... | 27 |
|-------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|

### SECTION I

#### MAGISTRATS

|                                                            |    |
|------------------------------------------------------------|----|
| § 1. — Raison d'être de l'inaMOVibilité.....               | 8  |
| § 2. — Historique de l'inaMOVibilité.....                  | 34 |
| § 3. — Magistrats auxquels l'inaMOVibilité s'applique..... | 39 |
| § 4. — Éléments de l'inaMOVibilité.....                    | 43 |

## SECTION II

### PROFESSEURS

|                                                             | Pages. |
|-------------------------------------------------------------|--------|
| § 1. — Raison d'être des garanties.....                     | 50     |
| § 2. — Historique des garanties des professeurs.....        | 52     |
| § 3. — Professeurs auxquels les garanties s'appliquent..... | 56     |
| § 4. — Éléments de l'inamovibilité des professeurs.....     | 58     |

## CHAPITRE III

### De l'état des officiers et des ingénieurs établi avant tout dans leur intérêt personnel.

## SECTION I

### OFFICIERS

|                                                    |    |
|----------------------------------------------------|----|
| § 1. — Raison d'être des garanties.....            | 68 |
| § 2. — Historique des garanties des officiers..... | 68 |
| § 3. — Analyse des garanties des officiers.....    | 70 |
| (A) du grade.....                                  | 71 |
| (B) de l'emploi.....                               | 76 |
| § 4. — Officiers de réserve et sous-officiers..... | 85 |

## SECTION II

|                 |    |
|-----------------|----|
| INGÉNIEURS..... | 87 |
|-----------------|----|

## CHAPITRE IV

### Des officiers ministériels.

|                                                                                                         |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| § 1. — Motifs qui ont fait reconnaître aux officiers ministériels la<br>propriété de leurs charges..... | 91 |
| § 2. — A qui s'applique la loi du 28 avril 1816.....                                                    | 93 |
| § 3. — En quoi consiste la propriété de la charge.....                                                  | 95 |
| § 4. — Révocation et destitution.....                                                                   | 96 |

## CHAPITRE V

### Des réformes utiles.

#### SECTION I

DES RÉFORMES A APPORTER DANS L'ÉTAT DES MAGISTRATS ET DES PROFESSEURS.

|                                                                    | Pages. |
|--------------------------------------------------------------------|--------|
| § 1. — Réformes dans l'état des magistrats.....                    | 401    |
| § 2. — Réformes en ce qui concerne les instituteurs primaires..... | 407    |

#### SECTION II

DE L'ATTRIBUTION D'UN ÉTAT A TOUS LES FONCTIONNAIRES DE GESTION. 411









IMPRIMERIE  
CONTANT-LAGUERRE



BAR-LE-DUC